

ЧАБА ВАРГА

**ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО
ЯК ФІЛОСОФІЯ ПРАВА –
ФІЛОСОФІЯ ПРАВА
ЯК ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО**

Magyar Elektronikus Könyvtár (Országos Széchényi Könyvtár)
Hungarian Electronic Library (National Széchényi Library)
Угорська електронна бібліотека (Національна бібліотека імені
Ференца Сечені)

Budapest/Будапешт 2019

Csaba VARGA
Professor Emeritus
Institute for Legal Philosophy
of the Pázmány Péter Catholic University of Hungary
(H-1082 Budapest, Szentkirályi utca 28)
[+361-394-1161](tel:+3613941161) (home)
&
Research Professor Emeritus
Institute for Legal Studies
of the Social Science Research Centre
of the Hungarian Academy of Sciences

Щиро дякуємо друзям автора, професору
КРЕСІНУ АЛЕКСЕЙ ВЕНИАМИНОВИЧ
(Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Київ) та
МАКСИМОВУ СЕРГІЙ ІВАНОВИЧ
(Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Харків)
за оригінальні переклади та їх публікацію у свій час,
а також за допомогу в підготовці цієї колекції.

<<http://mek.oszk.hu/19200/19263/>>

ISBN 978-963-417-430-1

Зміст

ПЕРЕДМОВА

01 ОЛЕКСІЙ ВЕНІАМІНОВИЧ КРЕСІН

ВВЕДЕННЯ

02 ОЛЕКСІЙ ВЕНІАМІНОВИЧ КРЕСІН Ювілей Чаби Варги

03 ОЛЕКСІЙ ВЕНІАМІНОВИЧ КРЕСІН 70-річний ювілей
угорського вченого правознавця Чаби Варги

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

04 Порівняння правових культур і правового мислення

05 Значення поняття «право» в порівняльно-правових
дослідженнях і проблема їх об'єкта

06 *Theatrum legale mundi*: Про класифікацію правових
систем

07 *Правові традиції?* У пошуках правових сімей і
культур

08 Міжсистемна комунікація в межах однієї
юрисдикції: Випадок із злиттям змішуванням
загального права із цивільним у Канаді

- 09 Глобалізація через правові трансфери: Масові дії, критика, розчарування

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

- 10 Правова доктрина: методологія та онтологія
11 Верховенство права, або Дилема етосу: вирощування чи механічне нав'язування
12 Структура європейського права у порівняльній перспективі
13 Філософія права, теорія права і майбутнє теоретико-правової думки
14 С. І. МАКСИМОВ & Н. САТОХИНА Загадка права і правового мислення (рецензія на однойменну книгу Ч. Варги)

Додаток: РЕЗЮМЕ

- 15 Значення «права» при порівнянні права, або складність того, що є об'єктом правового порівняння
16 Різні ментальності романо-германського та англо-американського права? До питання логіки в праві

ПЕРЕДМОВА

ПЕРЕДМОВА

Уперше ми зустрілися випадково – у Пекіні на Всесвітньому конгресі філософії права. Просто в коридорі. Я раніше вже бачив книги за редакції професора Чаби Варги та, прочитавши напис на бейджі, зрадів і підійшов першим. Це був коридор у готелі «Дружба». Пам'ятаю, що в цьому коридорі ми просиділи за розмовою не одну годину. Надзвичайні інтелігентність, доброзичливість та ерудованість угорського колеги, його ідеї, якими він радо ділився – це змусило забути в той день про насичену програму конгресу. Колись я вже писав про дивну атмосферу цього заходу – зустріч чужих Заходу і Сходу з презентаціями, але без діалогу. Наша розмова значною мірою це компенсувала, хоча й опозиції значної між нами не було, скоріше – взаємодоповнюваність.

І все ж відмінності були і є. Вони уточнювалися і акцентувалися пізніше у наших численних розмовах з Чабою Варгою, а також з ученими, які ближче до його світогляду, аніж до мого – П'єром Леграном, Патриком Гленном, Хашматуллою Бехрузом. Чаба Варга, наскільки я його розумію, розчиняє право у його контекстах, і насамперед – культурному. Така його позиція протиставлена як традиційній метафізичній, апріорній, суб'єктивній за своєю сутністю філософії права, так і традиційному нормативізму порівняльного правознавства. Варга пише про порівняльні правові культури та порівняльне правове мислення як нові взаємопов'язані парадигми юридичної компаративістики.

Що у нас, як мені видається, спільне? Переконавання в тому, що кожне національне право має розумітися глибинно, глибше ніж державні чи одержавлені правові норми, що останні не діють автоматично, а часто діють несподівано по-іншому або не діють взагалі. У тому, що кожне національне право має бути пізнане в усій своїй специфіці й лише потім обережно порівнюватися – настільки обережно, щоби не втратити при цьому своїх відмінностей, не спокуситися на поверхові й

формальні подібності в пошуку широких узагальнень, загальносвітових і регіональних тенденцій та спільностей, зручних класифікацій і типологій. У тому, що метою порівняльного підходу є насамперед пізнання національного права як самоцінного феномена, хоч і в усіх його вертикальних і горизонтальних зв'язках, а не сприяння уніфікації чи рецепції.

У чому наші погляди відрізняються? Наприклад, я вважаю магістральним протиставлення позитивізму та емпірицизму, з одного боку, та метафізики й спекулятивної дедукції – з іншого, а тому соціо-культурний позитивізм у праві – абсолютно нормальним явищем. А Варга, наскільки я його розумію, чітко засуджує позитивізм.

Чаба Варга – мудра людина з великим особистим і сімейним досвідом, міцно вкоріненим в угорську історію і культуру. Його наукові дослідження переплітаються з цим досвідом, чи проходять крізь досвід, чи досвід проходить крізь них. Особисто у мене є таке відчуття при прочитанні його праць. Але це не знижує їх цінність – навпаки, Варга більш відвертий, лінія його думки відкрита, не приховується за нібито непорушними, а насправді химерними, абстракціями.

Праці Чаби Варги, зібрані в цій книзі, ясна справа, не є його основним доробком. Він є автором, співавтором, упорядником і науковим редактором низки фундаментальних монографій, більшість з яких видано англійською мовою, частина – за межами Угорщини. Вірю, що їх також колись буде перекладено українською мовою. Але те, що є в цій збірці – це запрошення до діалогу, до співдумання і співтворення. Дякую Вам, давній друг Чаба Варга, за те, що вже багато років Ви відкриваєте мені й іншим українським колегам двері до своєї творчої лабораторії, за високий інтелектуальний стандарт дискусій. За те, в чому я з Вами згодний. І особливо за те, в чому з Вами не погоджуюся.

О.В. КРЕСІН

ВВЕДЕНИЯ

ОЛЕКСІЙ ВЕНІАМІНОВИЧ КРЕСІН
ЮВІЛЕЙ ЧАБИ ВАРГИ

Порівняльно-правові дослідження [Київ] 2011/2, 324–326

11. *О теории сравнительного правоведения // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Збірник наукових праць / За ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна. — К., 2006.*
12. *Право: национальное, международное, сравнительное // Государство и право. — 1998. — № 8.*
13. *Проблемы сравнительного законоведения // Государство и право. — 1993. — № 8.*
14. *Сравнительное правоведение — конгресс ученых-правоведов // Государство и право. — 1999. — № 2.*
15. *Сравнительное правоведение: концептуальные подходы // Журнал российского права. — 2009. — № 5.*
16. *Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. — 2006. — № 6.*
17. *Сравнительно-правовой анализ институтов государственного управления // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта / Под ред. Т.Я. Хабриевой и Ж. Марку. — М.: Статут, 2011.*
18. *Comparative Law and the Integrating Role of International Law // Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies / Ed. by W.E. Butler, O.V. Kresin, Iu.S. Shemshuchenko. — London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011.*

Шемшученко Ю.С.,

директор Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, академік НАН України, іноземний член РАН, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права

Кресін О.В.,

керівник Центру порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права

Ювілей Чаби Варги

Нещодавно відзначив свій ювілей наш колега і друг Чаба Варга — видатний угорський вчений, відомий далеко за межами своєї Батьківщини завдяки своїм працям з теорії й філософії права та порівняльного правознавства.

Чаба Варга народився 25 травня 1941 р. у м. Печ. Закінчив Університет м. Печ у 1965 р. Також навчався на Міжнародному факультеті порівняльного права (1968–1971 рр.). У 1977 р. захистив кандидатську, а в 1991 р. — докторську дисертацію. З 1965 р. працює в Інституті юридичних досліджень Угорської академії наук, нині на посаді наукового радника.

У 1982–1992 рр. — аспірант, викладач, доцент, а у 1992–2002 рр. — професор та керівник проекту «Порівняльні правові культури» Будапештського університету (Eötvös Loránd University). У 1991–1994 рр. — радник прем'єр-міністра Угорщини. Був професором юридичного факультету (1995–2011 рр.), заступником декана (1995–2002 рр.), засновником та директором Інституту філософії права (2006–2011 рр.) Католицького університету Угорщини імені Петера Пажмані. Викладав, зокрема, теорію права, філософію права ХХ століття, порівняльні правові культури, теорію юридичного процесу, парадигми правового мислення та інші навчальні дисципліни. Також викладав в університетах Лунду, Берліну, Брюсселю, Мюнстера, Стокгольму, Красноярська, Трента, Тріра та ін.

Член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права з 2002 р. Учений секретар (1976–2006 рр.), а з 2006 р. — голова Угорського комітету Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії, був секретарем Комітету філософії права Угорської асоціації юристів (1970–1989 рр.), засновником і головою Угорської асоціації семіотики права (1989–2000 рр.), заступником голови Угорської ліги за права людини (1995–1999 рр.) та ін.

Є автором 27 і упорядником 33 книг угорською, англійською, німецькою, російською мовами, а також 420 статей, опублікованих десятима мовами. Науковий редактор серій книг «Філософія права» (з 1988 р.), «Право» (з 1990 р.), «Бібліотека юридичного факультету Католицького університету імені Петера Пажмані» (з 1996 р.). Загалом у цих серіях за його редакцією було опубліковано понад 60 видань.

Серед його найважливіших публікацій: «Кодифікація як соціо-історичний феномен» (1979), «Політика і логіка в праві» (1987), «Природа юридичного процесу» (1992), «Право і філософія» (1994), «Нариси філософії права» (1994), «Правові теорії та правові культури» (1994), «Перехід до верховенства права» (1998), «Лекції з парадигм правового мислення» (1998), «Теорія права як суспільна наука» (1999), «Право як процес» (1999), «Право як логіка, система і техніка» (2000), «Філософія права на межі тисячоліть» (2004), «Перехід? До верховенства права? Виклики конституціоналізму та перехідній юстиції в Центральній та Східній Європі» (2007), «Правові системи і правові менталітети у перспективі європейської уніфікації» (2009), «Теорія і філософія права. Норма, логіка, система, доктрина і техніка у правовому процесі» (2011), «Порівняльні правові культури» (2011), «Сучасне правове філософствування» (2011) та ін. Серед книг за його редакцією можна відзначити такі: «Західна теорія права» (1977), «Порівняльні правові культури» (1992), «Теоретичні засади правової політики» (1992), «Марксистська теорія права» (1993), «Примирення з минулим через верховенство права» (1994), «Європейські правові культури» (1996), «Право і мова» (2000), «Право і філософія: антологія правової дум-

ки XX століття» (2001), «Марксизм і соціалістична правова культура» (2003) та ін.

Надзвичайно приємно, що вже понад два роки професор Чаба Варга бере активну участь в українському науковому житті, відвідував Київ, Львів, Івано-Франківськ, де брав участь у симпозиумах і конференціях Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Української асоціації порівняльного правознавства, Львівського державного університету внутрішніх справ, виступав з відкритими лекціями і презентував свої книги. Він є членом редколегій журналів «Порівняльно-правові дослідження» та «Право України», українською мовою перекладено кілька його праць.

Професору Варзі притаманні інтелігентність, наукова коректність та акуратність, доброзичливість і відкритість до колег. Хочу від імені численних українських друзів Чаби Варги висловити щире захоплення ним як подвижником науки і побажати йому довгих щасливих і натхненних років!

*Від імені Української асоціації порівняльного правознавства,
Кресін Олексій Веніамінович*

Бланк-Жовен Ксав'є,
почесний професор права Паризького університету I
Пантеон-Сорбонна, дійсний член
Міжнародної академії порівняльного права

Пам'яті Поля-Андре Крепе (1926–2011)¹

У першій промові, яку він виголосив після обрання його президентом Міжнародної академії порівняльного права в Монреалі 24 серпня 1990 р., Поль-Андре Крепе згадав імена видатних юристів, які передували йому на цій посаді: Роско Паунд, Луї Мілле, барон Фредерік, С. Хемсон, Імре Сабо і Джон Хазард. Він підкреслив честь і радість відчувати себе в «в такій престижній компанії». Через два десятиліття, на жаль, члени Академії повинні додати його ім'я до списку цих «великих людей минулого», і в той же час висловити вдячність за його блискучий внесок у розвиток нашої організації протягом восьми років його президентства і болючу втрату, яку вони відчують у зв'язку з раптовою звісткою про його смерть.

Дитина прерії з провінції Саскачеван, народжений 1926 р., Поль-Андре Крепе почав своє навчання в галузі філософії і права в Оттавському

¹ Переклад з англійської О.В. Кресіна.

ОЛЕКСІЙ ВЕНІАМІНОВИЧ КРЕСІН

70-РІЧНИЙ ЮВІЛЕЙ
УГОРСЬКОГО ВЧЕНОГО ПРАВОЗНАВЦЯ
ЧАБИ ВАРГИ

70-РІЧНИЙ ЮВІЛЕЙ УГОРСЬКОГО ВЧЕНОГО-ПРАВОВИЗНАВЦЯ ЧАБИ ВАРГИ

Нещодавно відзначив свій ювілей наш колега і друг, член наукової ради юридичного журналу «Право України» Чаба Варга — видатний угорський вчений, відомий далеко за межами своєї Батьківщини завдяки своїм працям з теорії й філософії права та порівняльного правознавства.

Чаба Варга народився у 1941 р. у м. Печ. Закінчив Університет м. Печ у 1965 р. Також навчався на міжнародному факультеті порівняльного права (1968–1971 рр.). У 1977 р. захистив кандидатську, а в 1991 р. — докторську дисертацію. З 1965 р. працює в Інституті юридичних досліджень Угорської академії наук, нині на посаді наукового радника. У 1982–1992 рр. — аспірант, викладач, доцент, а у 1992–2002 рр. — професор та керівник проекту «Порівняльні правові культури» Будапештського університету (*Eötvös Loránd University*). У 1991–1994 рр. — радник прем'єр-міністра Угорщини. Був професором юридичного факультету (1995–2011 рр.), заступником декана (1995–2002 рр.), засновником та директором Інституту філософії права (2006–2011 рр.) Католицького університету імені Петера Пажмані. Викладав, зокрема, теорію права, філософію права ХХ століття, порівняльні правові культури, теорію юридичного процесу, парадигми правового мислення та інші навчальні

дисципліни. Також викладав в університетах Лунда, Берліна, Брюсселя, Мюнстера, Стокгольма, Красноярська, Тренто, Тріра та ін.

Член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права з 2002 р. Учений секретар (1976–2006 рр.), а з 2006 р. — голова Угорського комітету

Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії, був секретарем Комітету філософії права Угорської асоціації юристів (1970–1989 рр.), засновником і головою Угорської асоціації семіотики права (1989–2000 рр.), заступником голови Угорської ліги за права людини (1995–1999 рр.) та ін.

Є автором 27-ми і упорядником 33-х книг угорською, англійською, німецькою, російською мовами, а також 420-ти статей, опублікованих десятима мовами. Науковий редактор серій книг: «Філософія права» (з 1988 р.), «Право» (з 1990 р.), «Бібліотека юридичного факультету Католицького університету імені Петера Пажмані» (з 1996 р.). Загалом у цих серіях за його редакцією було опубліковано понад 60 видань.

Серед його найважливіших публікацій такі: «Кодифікація як соціо-історичний феномен» (1979), «Політика і логіка в праві» (1987), «Природа юридичного процесу» (1992), «Право і філософія» (1994), «Нариси філософії права» (1994), «Правові те-



орії та правові культури» (1994), «Перехід до верховенства права» (1998), «Лекції з парадигм правового мислення» (1998), «Теорія права як суспільна наука» (1999), «Право як процес» (1999), «Право як логіка, система і техніка» (2000), «Філософія права на межі тисячоліть» (2004), «Перехід? До верховенства права? Виклики конституціоналізму та перехідній юстиції в Центральній та Східній Європі» (2007), «Правові системи і правові менталітети у перспективі європейської уніфікації» (2009), «Теорія і філософія права. Норма, логіка, система, доктрина і техніка у правовому процесі» (2011), «Порівняльні правові культури» (2011), «Сучасне правове філософствування» (2011) та ін. Серед книг за його редакцією можна відзначити такі: «Західна теорія права» (1977), «Порівняльні правові культури» (1992), «Теоретичні засади правової політики» (1992), «Марксистська теорія права» (1993), «Примирення з минулим через верховенство права» (1994), «Європейські правові культури» (1996), «Право і мова» (2000), «Право і філософія: антологія правової думки XX століття» (2001), «Марксизм і соціалістична правова культура» (2003) та ін.

Надзвичайно приємно, що вже понад два роки професор Чаба Варга бере активну участь в українському науковому житті, відвідував Київ, Львів, Івано-Франківськ, де брав участь у симпозиумах і конференціях Інституту

держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Української асоціації порівняльного правознавства, Львівського державного університету внутрішніх справ, виступав з відкритими лекціями і презентував свої книги. Він є членом редколегій журналів «Порівняльно-правові дослідження» та «Право України», українською мовою перекладено кілька його праць.

Професору Чабі Варзі притаманні інтелігентність, наукова коректність та акуратність, доброзичливість і відкритість до колег. Хочу від імені численних українських друзів Чаби Варги висловити щире захоплення ним як подвижником науки і побажати йому довгих, щасливих і натхненних років!

Редакційна колегія та колектив редакції журналу «Право України» приєднуються до поздоровлення та тепло вітають шановного Чабу Варгу — члена наукової ради нашого журналу — зі славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, подальшого активного творчого життя, шани і поваги оточення.

О. Кресін

*кандидат юридичних наук, доцент,
член-кореспондент
Міжнародної академії
порівняльного права,
завідувач Центру порівняльного
правознавства
Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України,
вчений секретар Української асоціації
порівняльного правознавства*

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

ПОРІВНЯННЯ ПРАВОВИХ КУЛЬТУР І ПРАВОВОГО МИСЛЕННЯ

- 'Introduction' to *Comparative Legal Cultures* ed. Csaba Varga (Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth & New York: The New York University Press 1992), xv–xxiv [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Legal Cultures 1]
- 'Jog és kultúra összehasonlító perspektívából' in *Van és legyen a jogban* Tanulmányok Peschka Vilmos 70. születésnapjára (Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó & MTA Jogtudományi Intézete 1999), 335–352 [Jog és Jogtudomány 16] & 'Jogi kultúrák – összehasonlító megvilágításban' in *Összehasonlító jogi kultúrák* szerk. Varga Csaba (Budapest: [Osiris] 2000), ix–xviii [Jogfilozófiák] & *Összehasonlító jogi kultúrák* szerk. Varga Csaba (Budapest: Szent István Társulat 2006), ix–xviii [Jogfilozófiák] & in Varga Csaba *Jogfilozófia a múlt, jelen és jövő ölelésében* (Budapest: Pázmány Press 2018), 443–456 [Tanulmányok 44] & <<http://mek.oszk.hu/18900/18995/18995.pdf>>
- [пер. О. Кресін] **Право України** Юридичний журнал [Київ] 2013/3–4: «Порівняльне правознавство: Сучасні виміри», 22–31 / *Порівняльне правознавство* Науково-практичний фаховий журнал [Київ] 2013/1–2, 222–231 & <<https://ppke.academia.edu/CVARGA/Papers>>

ПОРІВНЯННЯ ПРАВОВИХ КУЛЬТУР І ПРАВОВОГО МИСЛЕННЯ¹



Ч. ВАРГА

доктор юридичних наук,

член-кореспондент

Міжнародної академії порівняльного права,

почесний професор і директор-засновник

(Інститут філософії права

Католицького університету Угорщини),

почесний професор-дослідник

(Інститут правових досліджень

Академії наук Угорщини)

1. Порівняння правових культур

Окремі правові культури можуть викликати теоретичний інтерес як такі й самі по собі. Однак їх порівняння виходить далеко за межі цього інтересу, що не є дивним. Насамперед це відбувається через те, що порівняльне вивчення правових культур дає нам можливість відображення нашої власної культури через модель (моделі) інших. Як відомо, відображення моделей (в яких ми соціалізовані) через інші моделі (з котрими ми менш знайомі) є шляхом, завдяки якому будь-який порівняльний підхід може посприяти досягненню мети, а природна людська схильність, що спонукає нас уявляти явища абсолютизованими та універсальними, хоча вони можуть бути всього лише відносними та особливими, може, зрештою, зменшитись або стати більш збалансованою.

Таким чином, порівняльне вивчення правових культур може стати засобом правильного ставлення до того, що правова система, яка бере свій початок у давній національній історії, і різні її вияви мають розглядатись не просто як продукт людської мудрості або неповторне втілення вічних цінностей, а як щось більш життєве та людське, що не є само собою даним чи неперевершеним, навіть якщо в цей момент їй немає альтернативи.

У своїй індивідуальності правові культури є тимчасовим результатом взаємодій, що піддається концептуалізації в межах парадигми виклику та відповіді [8]. Це означає, що задіяні фактори, їхня взаємодія, а також її результат можуть розглядатись як продукт можливостей. Принаймні, якщо мати на увазі різні їх групування, індивідуальні правові культури насправді демонструють, скільки спільного можна побачити у нібито незалежних правових системах. Основа для їхньої класифікації може виявитись багатогранною та складною. Вона може обґрунтовуватись їхнім історичним корінням та розвитком, засадничими ідеалами та домінуючою ідеологією, і навіть більше — сумою застосованих засобів та технік, вмінь, які використовуються у їх функціонуванні, а також

¹ Переклад з англійської мови О. Кресіна.

політичною роллю, яку вони, зрештою, відіграють у довготерміновій перспективі, та соціологічною функцією, яку вони виконують. Різні види типології, незалежно від їхньої кількості, врешті-решт, є ідеальними, можуть мотивуватись лише тим, що вибрані характеристики є спільними.

Відповідно, порівняльне дослідження може продемонструвати, наскільки правовий розвиток визначається випадковим переліком обставин, що справляють вплив на будь-яку подію у будь-який час, як в короткотерміновій, так і в довготерміновій перспективі.

2. Функціонування правових культур

Однак порівняння не є самоцінним. Порівняльні дослідження також дозволяють зрозуміти загальні тенденції щодо процесу та результатів функціонування правової машини — наскільки вона відповідає або адаптується до загального напрямку розвитку більшості суспільства.

Таким чином, якщо припустити, що у житті права прихована таємниця, її можна знайти лише у відповіді на таке запитання: чи є відповідь у реальній практиці, яка походить лише від права та заснована лише на праві (принаймні відповідно до формально закритої системи попередньо визначених формальних вимог права)¹ і водночас чутливо відповідає суспільним потребам, що приховані за фасадом будь-якої юридичної установи, спонукаючи до отримання правильного рішення? Нижче стане зрозуміло, що, незважаючи на величезну кількість гіпотетичних відповідей, всі вони є подібними, оскільки обертаються довкола (і навіть безпорадно бовтаються в межах) дуальності, породженої різними аспектами та суперечливими критеріями, пропонованими так званими «юридичною гомогенністю», з одного боку², та «соціальною гетерогенністю» — з другого, кожна з яких представляє аспекти та критерії, закладені у контексті питання.

Таким же чином, порівняльний погляд на правові культури може також допомогти нам відкрити неосмислену іншим чином глибину прихованих тенденцій та можливостей, притаманних вибору, котрий ми постійно здійснюємо в межах доступних засобів, тобто юридичної техніки та відповідної термінології. Цілковито зрозуміло, що ми не можемо гіпостазувати ані еквівалентність, ані будь-яке просте механічне, причинне відношення між нашим вибором засобів та кінцевим результатом, до якого він призведе. Безумовно, між ними завжди і обов'язково перебуває людська практика. Говорячи про практику, я маю на увазі креативний внесок кожного актора, що бере участь у грі. Професіонали та звичайні люди, хоч і різною мірою, виступають справжніми партнерами соціальної гри, що відбувається під назвою «право». Всі вони по-своєму сприяють тій величезній загальносуспільній справі, постійно формуючи та змінюючи її своєю діяльністю.

Тут надзвичайно важливо розуміти, що мова йде не лише про використання таких інструментів, як молоток, лопата чи серп, тобто частини нашої фізичної культури, котра має квазіособистий окремий вплив на світ, що створюється

¹ Право виступає засобом посередництва, що досягає будь-якої мети шляхом власного «*Erfüllungssystem*» [або системи виконання] за працею Дж. Лукача «Онтологія соціального буття». Детальніше див. у: [31, 127–142].

² Подібно до терміна «виразно правовий» з точки зору іншого аспекту. Див.: [17, 51].

завдяки їх використанню. Існують також визначення та детермінанти, притаманні саме суспільному існуванню.

Зараз існує загальне усвідомлення того, що людські інститути, будучи компонентами нашої суспільної культури, є результатом мовленнєвих актів, котрі ми постійно здійснюємо у повсякденному спілкуванні. Мовленнєвий акт у комунікаційній ситуації сам по собі є видом інституціоналізованої маніфестації. Він спирається на той факт, що ми можемо сприймати будь-яке належним чином визначене коло фізичних властивостей, які можна відчуті (або їх інтелектуальне відображення), як знак, надаючи йому конвенціоналізованого значення.

І чим ще може вважатися право, якщо не певним видом людського інституту, конвенціоналізованого з маси елементарних ситуацій, котрі самі по собі складаються з маси конвенцій у комунікації?

Справа в тому, що вибір, який ми здійснюємо у сфері юридичної техніки та термінології [23], не закінчується лише самим цим вибором. Вибір одної техніки та/або термінології є нічим іншим, ніж першим кроком, за яким йдуть різні види застосування, кожен з яких має принциповий конституюючий ефект. Кожен задіяний компонент перебуває в межах лінгвістичних конвенцій у якості їхньої функції. А в тому, що стосується застосування, їх реконвенціоналізація буде особливим варіантом продовження, конкретизації або актуалізації (іншими словами — адаптацією) таких конвенцій [29].

Тобто, кажучи теоретично, дотримання норм (або традиції) є саме по собі актом, який, окрім випадків вакууму чи необмеженого простору, може інтерпретуватись виключно в межах тягlosti норм (або традиції). Інакше кажучи, кожен знак, якому приписується спеціально додане та конвенціалізоване значення, насправді є скарбницею майже необмежених наборів мислимих значень. У цьому сенсі знак схожий на вузол, зав'язаний на куті моєї кишенькової носової хусточки, який нагадує, що я повинен щось зробити. Фактично вузол можна використати як нагадування про те, про що він повинен був нагадати, коли його зав'язали. Однак використання не змінилось, навіть більше — знак також залишиться тим самим, якщо у майбутньому змінити умови призведуть до змін контексту, через що той самий вузол буде призначено для служби та служитиме іншій меті.

Безумовно, критерій безперервності та перерваності не слід шукати у знаку, його використанні, або намірі щодо певного використання. Єдиний фактор, який може їх розрізняти через відокремлення нескінченних змін наголосу при звичайному використанні від хаосу — це безперервність суспільної практики, що стверджується через самоорганізоване самовідтворення. Саме суспільна практика, що регулюється постійним зворотнім зв'язком, зрештою, скорочує величезну кількість наборів рівно мислимих теоретичних можливостей до одного (і не більше одного), який визначається в результаті інтерпретації. Немає необхідності наголошувати на тому, що згодом прийнята позиція отримає схвалення суспільства через те, що вона найбільше відповідає встановленим раніше розумним та правомірним нормам та традиції [21].

Все це підштовхує до висновку, що жодна правова культура не може прирівнюватись або зводитись до загальної суми значень, котрі ми актуалізували в її межах. Техніки та технології, запропоновані правом та концептуалізовані в його термінології, мають величезну кількість теоретично рівних можливих

використань, що ускладнює будь-яку серйозну спробу їх розмежування. Зазначені можливі способи використання становлять ідеальну потенційність, яка раніше, можливо, ще не осмислювалась, не випробовувалась і не використовувалась у реальній практиці. Власне кажучи, вони продовжують залишатися просто прихованими потенційними можливостями чогось, що не має визначення, навіть більше — не може бути визначеним, якщо і допоки вони не будуть виявлені в результаті випробовування (і, таким чином, проявляться назовні), тобто не будуть встановлені у прямому значенні цього слова в ідеальних обмежуючих ситуаціях. Це стосується випадків, наприклад, коли ми аналізуємо повідомлення про те, що якийсь принцип може для нас означати, шляхом порівняння його значення, з яким ми вже погодилися, та гіпотез про його можливе значення у суміжних випадках, поки ми не досягнемо точки, яка називається «рефлексивною рівновагою» [4; 13; 14].

Іншими словами, кожна система правових положень та організації становить не більше, ніж потенційність, котра може розглядатись як справжній факт соціальної реальності лише в формі її конкретної актуалізації, здійсненої через даний історично індивідуальний акт застосування [24].

3. Навіщо треба порівнювати правові культури

Розглядаючи згадані різноманітні способи використання та результати порівняльного вивчення правових культур, маю додати останню позицію до цього переліку. Зокрема, компаративний підхід може бути основним засобом виявлення загальних зв'язків, котрі проявляються у процесі формування та функціонування такого складного та багатофакторного утворення як право. Може очікуватися також, що таке дослідження вкаже на приклади способів та меж, у яких різні елементи будь-якого правового утворення (наприклад, концептуальні рамки, моделі мислення, стиль раціональності та аргументації, базові ідеали та ідеологія, котрі можуть бути результатом випадкових факторів та історичної детермінації) можуть як частково, так і комплексно створювати форми суспільного буття.

У широко відомому вислові зі Вступу до «Критики політичної економії» К. Маркс порівнює, у переносному значенні, анатомію людини та мавпи, висуваючи думку, що ключ до розуміння другої криється у першій¹.

З точки зору еволюціонізму (до котрої особисто К. Маркс однозначно схилився), людина вдосконалила перспективи розвитку, які лише окреслені в анатомії мавпи. У результаті на запитання, якими є відкриті латентні потенційні можливості процесу розвитку мавпи, можна відповісти лише ретроспективно, після оцінки з точки зору фактично досягнутого вдосконаленого стану. Іншими словами, лише вдосконалений стан надає критерії для визначення

¹ «Буржуазне суспільство є найбільш розвинутою та найскладнішою історичною організацією виробництва. Категорії, котрі виражають його стосунки, розуміння його структури також дають змогу осягнути структуру та виробничі відносини всіх зниклих суспільних формувань, з уламків та складових частин яких воно збудувало себе, частково все ще неосвоєні залишки яких залишаються у ньому, прості нюанси яких набули у ньому виразного значення і т. д. Людська анатомія містить ключ до анатомії мавпи. Ознаки вищого розвитку серед нижчих видів тварин можна зрозуміти лише після того, як стає відомою вища форма розвитку. Таким чином, буржуазна економіка є ключем до економіки старого світу та ін.» [12].

того, яким було значення (примітивне та сучасне, якщо така диференціація взагалі є доцільною) розвитку мавпи¹.

Однак я можу обрати й іншу перспективу. Залишивши поза увагою та, бажано, зовсім відмовившись від телеологічних концепцій та законів у історії, а також таких термінів, як необхідність, значення або причина, котрі належать до історії (припущення, на яких базується еволюціоністський світогляд), цей метафоричний вираз К. Маркса можна обґрунтувати таким чином, що він призведе до протилежної думки. Його можна розглядати як такий, що проливає світло на особливі характери людини та мавпи, з одного боку, та майже нескінченну кількість контекстів та конфігурацій, що стають однаково можливими завдяки характеристам людини та мавпи в якості їх прихованої потенційності, з другого. Зрозуміло, що в межах такої перспективи втрачається не лише ідея еволюції, а й лінія напрямку «звідки» та «куди». Тому запропоноване К. Марксом твердження, згідно з яким щось містить ключ до чогось іншого, фактично означає ніщо інше і не претендує ні на що більше, ніж що ця позиція та, як наслідок, цей стандарт, вважаються ключовими, що розглядалося вище. Або що мій останній вибір є обов'язково єдиним, котрий має значення та визначатиме відповідь на запитання².

Якщо я можу довіряти, мабуть, найбільш опрацьованій теорії наших часів щодо рушійних сил та факторів, котрі діють за величним фасадом так званої правової еволюції³, то я, безумовно, позбавлений того компасу із зафіксованими напрямками, до якого я так звик, та до віри, до якої мене привчили еволюціонізм та теологічне мислення. Поза сумнівом, якщо я покладаюся на постійне відтворення соціальної практики, котра пропонує єдину основу, на якій ми можемо будувати та встановлювати мірку, щоб вимірювати збудоване нами, то я більше не можу бути впевненим навіть у тому, кому яка анатомія належить, тобто яка важлива частина (сфера чи етап) чи частинка (елемент) правового розвитку належить до «людей», а котра до «мавп».

Єдине, що я приймаю без доказів, це те, що кожен компонент та аспект процесу може розглядатись не більше, ніж як відносний [28]. Відносна загальність (представлена всіма видами правової культури) навряд чи є більш ніж загальністю факторів (які присутні у певному місці та у певний час), що вступають у гру (у певному місці та у певний час) та можуть виникнути у будь-який момент. Це означає, що імітація, тобто повторна трансплантація та адаптація колись вигаданих моделей, що є частиною спільної спадщини людства, яка була доступною для тих, хто займався її освоєнням через пізнання, є справжнім і визначальним гравцем у грі еволюції права. Відповідно, у стилі героя Мольєра, котрий з люб'язною простотою стверджував: *«Je prend mon bien od je*

¹ «Ознаки вищих можливостей у нижчих станах тварин можна зрозуміти лише за умови, коли вища форма розвитку вже є відомою. Таким чином, буржуазна економіка є ключем до економіки старого світу і т. д.» [12].

² Зовсім іншим є питання про те, чи ця позиція повинна розглядатись у нейтральному значенні (тобто саме останнє виголошене слово формує теоретичну перспективу), чи у значенні довільності (як у випадку мого довільного вираження волі), чи її необхідно розглядати як земне втілення певного вічного логосу (чи прихований аргумент, що так чи інакше припускає еволюціонізм або, навпаки, теологічний погляд на історію). Окрім того, іронічно усвідомлювати як просто будь-яке з цих тверджень може перейти у протилежне (наприклад, К. Маркс легко та різко перейшов від опису законів історії до розповіді про свою власну пристрасть до історії).

³ Тут я спираюся на деякі праці А. Вотсона, насамперед на: [33; 34].

le trouve», — важливим є не те, «З чого це зроблено?», а те, «З чого це складається?» [32]. У підсумку (та знову ж таки перефразовуючи К. Маркса), часовий пріоритет, тобто визначення того, де анатомія людини, а де анатомія мавпи, підходить у кращому випадку для визначення факторів, які повинні були сприяти формуванню цієї правової конструкції.

Дослідження, які можна розпочати під егідою порівняльних правових культур, не мають на меті звітувати про результати наукового руху «право та суспільство», який був започаткований кілька десятиріч тому¹. Останній мав чітке соціологічне завдання виразити кількісно значні відмінності, які можна спостерігати у способі та ефективності функціонування різних правових систем, з одного боку, та досліджувати тип відповідності між різними правовими системами та соціальними системами, що становлять їх справжню основу, з другого боку.

Власне кажучи, роздуми та можливі відповіді у цій сфері взагалі не мають на меті звітувати про будь-які результати. Такі дослідження зовсім не представляють певної дисципліни з більш або менш визначеними предметом та методологією [20]. У більшості випадків їх приклади, тобто есе з різних сфер та напрямів, написані у різноманітних стилях, що були опубліковані до цього часу під відповідним заголовком [3; 6], зібрані разом та об'єднані лише з огляду на визнання, що, незважаючи на все це, у них є дещо спільне, зокрема прагнення мати глобальний погляд на право у світлі порівняння різних правових культур.

Точніше, інтерес до порівняльних правових культур, які тут загально розглянуто, розуміється як представлення окремих елементів з ідеального інвентарю людської винахідливості в окремій сфері. Вони задумані як окремі конфігурації індивідуальних варіантів, взятих із надзвичайно обширного, однак у принципі не безмежного, переліку можливих елементів, котрі ми вважаємо існуючими. Як добре відомо, це належить традиції, яку на концептуальному рівні задумав Г. Лейбніц, коли створив, по-перше, універсальну мову; по-друге, *calculus ratorator* для визначення повного переліку логічних поєднань, котрі має виражати ця мова; по-третє, *charateristica universalis* для встановлення логічного ланцюжка повного переліку мислимих концепцій; по-четверте, енциклопедію для демонстрації цих концептів у аксіоматичному порядку чистої геометрії [26]. В іншому контексті ту ж ідею запозичив К. Леві-Стросс для розгляду археології у сумних тропіках, про які він писав [11]².

Порівняльні правові культури розглядаються галуззю науки, що перебуває на межі між порівняльним правом та історичною юриспруденцією³.

Їх власна сфера є порівняльною, оскільки вони розглядають як спільні, так і відмінні риси, характерні для будь-якої групи окремих правових культур. Проте вона перетинає горизонт порівняльного права, виходячи за межі перспектив як позитивного права, так і його формального функціонування. Їх

¹ Це був особливий проект дослідження під керівництвом А. Подгурецького в межах Дослідного комітету з соціології права під егідою Міжнародної соціологічної асоціації. Пор., напр., представлення цілей проекту: [9].

² К. Леві-Стросс ставив за мету «пошук основоположних моделей мислення у всіх формах людської діяльності» [5].

³ Виходить за рамки єдиної британської традиції та включає німецьку історичну школу права та марксизм. Див. наприклад: [25; 1].

мета полягає у досягненні узагальнення описового та оціночного характеру на рівні правової культури як цілого. У цьому значенні, через порівняльне вивчення правових культур ми прагнемо охарактеризувати окремі правові культури на *генному*, а не *видовому* рівні.

Водночас ця сфера є історичною, оскільки розглядається як послідовність подій, котрі, можливо, призвели до формування певної культури, так і умови, що могли сприяти її формуванню, та визначили етос, який міг скерувати ці події на шлях, котрим вони, зрештою, рухалися, на основі якого певна культура також себе визначатиме. Сфера, про яку йдеться, має на меті дослідження складових цього етосу та способу організації ним різноманітних рухів, котрі відбуваються у відповідній культурі, в одну культурну єдність. Іншими словами, специфічний інтерес цієї науки має насамперед міжкультурний характер і не має на меті жодної філософської універсалізації.

4. Різнomanітність досліджень

При організації напрямів та сфер дослідження насамперед необхідно підкреслити різнomanітність у сфері правових культур з огляду на їх відмінний етос, юридичну «концепцію світу»¹, юридичну техніку та вміння (коротко кажучи, індивідуальний геній, характерний виключно для системи, яка розглядається). Зокрема, перетин англо-американського та романо-германського права є сферою, в якій можна виявити деякі приховані риси та латентні потенційні можливості зазначених культур. При цьому примітивне право, античне право, китайське, корейське та японське право, а також мусульманське право розглядаються як прямий виклик західному праву в межах міжкультурної перспективи.

Один з основних висновків, якого можна дійти у процесі історико-порівняльних досліджень окремих правових культур, полягає у розумінні парадигмальної ролі, котру завжди відігравав так званий юридичний метод² у формуванні індивідуальних рис правових культур. Отже, правові способи обґрунтування та судження в межах права, місце та значення котрих стосується судів та кодексів, а також логіки та досвіду, розсуду та справедливості у практичному функціонуванні права розглядаються не як щось зовнішнє, постфактум додане до певного права, а як його стрижневий елемент, котрий через своє ідеологічне оформлення може у кінцевому результаті також конституювати його онтологію. Саме тому очікується, що інтерес до зіставлення правових методів у межах загального інтересу до порівняльних правових культур, що тут розглядаються, який називається порівняльним правовим мисленням, розглядатиме приклади від римської та талмудичної юриспруденції, загального та романо-германського права [22], східноєвропейських та слов'янських укладів, до близькосхідних і далекосхідних моделей, наприклад, ісламської, китайської, корейської, японської юриспруденції. У цьому контексті правовий процес інтерпретується як посередник, через який актуалізується те, що на практиці розуміється під правом у будь-якій окремо взятій культурі.

¹ Або деонтологія юридичної професії, що називається «*juristische Weltanschauung*» з часів Ф. Енгельса. Див.: [7]. Стосовно правового та філософського розуміння, див.: [30].

² Або «*juristische Methodenlehre*» у німецькій традиції.

В обраній нами майже безмежній темі [18; 19; 16] також вартими вивчення є співіснування та протистояння правових культур, адже на терезах знаходиться дещо більше. Незалежно від того, чи ми розглядаємо правовий плюралізм у Римі, невдалу модернізацію через постійне відновлення традиційних моделей в Індії, переслідування народної медицини судовою системою британського зразка в Африці, завжди йдеться про взаємодію різних культур та, звичайно ж, конфлікт, що з неї випливає. Особливо інтригує питання, чому та яким чином якийсь із відомих інститутів зміг розвиватися в одній із цих культур, але не зародився та яким чином був замінений в інших культурах [2].

Останньою, яку ми розглядаємо, але не за важливістю, є проблема дегенерації правових культур, котра також формує майданчик, який я пропоную розглянути у цьому контексті, й на якому можна чітко побачити приховані риси та/або латентні потенційні можливості будь-якої правової культури, шляхом піддання її конфліктним впливам або порівняння з однією з її власних перспектив розвитку. Приклади, взяті з леніністської Росії [27], нацистської Німеччини, а також Бразилії, однієї з найпотужніших країн Латинської Америки (в пік тенденцій національного правового розвитку, що призвели до виняткової напруги та криз, які тимчасово були вирішені такими практиками, як *Jeitinho* [15; 10] — хитрість, спритність), свідчать про справжні перспективи, навіть якщо вони викривлені. Вони демонструють, яким чином правові культури можуть реагувати на надзвичайні виклики на роздоріжжі між силою антагоністичних закликів та спонукань. Досить іронічним, хоч і без жодного умислу, є той факт, що приклади дегенерації можуть в основному спостерігатись у сфері романо-германського права, яке зазнало значних змін у минулому столітті.

Усе це може сприяти формуванню нової перспективи у розумінні нашого правового світу, зокрема зосередженого не на окремо взятих індивідуальних компонентах, а на контексті, лише в межах та на основі якого такі компоненти та представлення можуть отримати значення; і такий контекст виступає культурою права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Varga Ч.* Право как история // *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae.* — 1988. — Vol. XXX. — № 1–2.
2. *Bolgar V.* Why No Trusts in the Civil Law? // *The American Journal of Comparative Law.* — 1953. — Vol. 2.
3. *Comparative Legal Cultures* / ed. by Cs. Varga. — Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney, N. Y., 1992 [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Legal Cultures 1].
4. *Daniels N.* Reflective Equilibrium // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* / ed. by E. N. Zalta [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://plato.stanford.edu/entries/reflective-equilibrium>.
5. *Doland A.* Anthropology Giant Claude Levi-Strauss Dead at 100 // Associated Press. — 3 November 2009 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://en.wikipedia.org/wiki/Claude_L?vi-Strauss.
6. *European Legal Cultures* / ed. by V. Gessner, A. Hoeland, Cs. Varga. — Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney, 1996 [Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures I].
7. *Klenner H.* Juristen-Sozialismus, juristische Weltanschauung [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.inkrit.de/e_inkritpedia/e_maincode/doku.php?id=j:juristen-sozialismus_juristische_weltanschauung.
8. *Legal culture* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_culture.
9. *Legal Systems and Social Systems* / ed. A. Podgórecki, C. J. Whelar, D. Khosta. — London.
10. *Levine R. M.* Brazilian Legacies. — Armonk, N. Y., 1997 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.brazzil.com/blajan98.htm>.
11. *Lévy-Strauss C.* Tristes tropiques. — P., 1955.

12. *Marx K.* Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie [1857] // The Portable Karl Marx / ed. E. Kamenka. — N. Y., 1983 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1857/grundrisse/ch01.htm>.
13. *Mikhail J.* Rawl's Concept of Reflective Equilibrium And its Original Function // A Theory of Justice (Georgetown Public Law Research Paper № 11-103) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1890670.
14. *Reflective Equilibrium* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://en.wikipedia.org/wiki/Reflective_equilibrium.
15. *Rosenn K. S.* The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications // The American Journal of Comparative Law. — 1971. — Vol. 19. — № 3.
16. *Sack P. G.* Law & Custom: Reflections on the Relations between English Law and the English // Rechtstheorie. — 1987. — Band 18. — № 4.
17. *Selznick Ph.* The Sociology of Law // International Encyclopaedia of the Social Sciences / ed. by D. L. Sills. — N. Y., 1968.
18. *Stein P.* Legal Origins and Legal Change. — London ; Ronceverte, 1991.
19. *Stein P.* The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays. — London ; Ronceverte, 1988.
20. *Varga Cs.* Comparative Legal Cultures: Attempts at Conceptualization // Acta Juridica Hungarica. — 1997. — Vol. 38. — № 1–2.
21. *Varga Cs.* Comparative Legal Cultures? // Порівняльне правознавство: Сучасний стан і перспективи розвитку : зб. наук. пр. / за ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Гриценка, М. Б. Бучка ; упоряд. О. В. Кресін. — К., 2010.
22. *Varga Cs.* Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law // Порівняльно-правові дослідження. — 2009. — № 1.
23. *Varga Cs.* Doctrine and Technique in Law // Iustum Aequum Salutare. — 2008. — Vol. IV. — No. 1 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20081sz/02.pdf>.
24. *Varga Cs.* Kelsen's Theory of Law-application: Evolution, Ambiguities, Open Questions // Acta Juridica Hungarica. — 1994. — Vol. 36. — № 1–2.
25. *Varga Cs.* Law and History: On the Historical Approach to Law // Historical Jurisprudence / ed. J. Szabadfalvi. — Budapest, 2000 [Philosophiae Iuris].
26. *Varga Cs.* Leibniz und die Frage der rechtlichen Systembildung // Materialismus und Idealismus im Rechtsdenken Geschichte und Gegenwart / hrsg. K. A. Mollnau. — Stuttgart, 1987 [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 31].
27. *Varga Cs.* Lenin and Revolutionary Law-making // International Review of Contemporary Law. — 1982. — № 1.
28. *Varga Cs.* Structures in Legal Systems : Artificiality, Relativity, and Interdependency of Structuring Elements in a Practical (Hermeneutical) Context // Acta Juridica Hungarica. — 2002. — Vol. 43. — № 3–4 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.akademiai.com/content/r27863g6u01q777u/fulltext.pdf>.
29. *Varga Cs.* The Paradigms of Legal Thinking. — 2nd enlarged ed. — Budapest, 2012. — Series «Philosophiae Iuris» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.scribd.com/doc/85083788/VARGA-ParadigmsOfLegalThinking-2012>.
30. *Varga Cs.* The Place of Law in Lukács' World Concept. — 3rd ed. — Budapest, 2012.
31. *Varga Cs.* Towards the Ontological Foundation of Law (Some Theses on the Basis of Lukács' Ontology) // Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. — 1983. — Vol. LX. — № 1.
32. *Varga Cs.* What is to Come after Legal Positivism is Over? Debates Revolving around the Topic of «The Judicial Establishment of Facts» // Theorie des Rechts und der Gesellschaft : Festschrift für Werner Krawietz zum 70 / Geburtstag, hrsg. M. Atienza, E. Pattaro, M. Schulte, B. Toporin, D. Wyduckel. — Berlin, 2003.
33. *Watson A.* Legal Transplants : An Approach to Comparative Law. — Edinburgh ; Charlottesville, Virginia, 1974.
34. *Watson A.* The Evolution of Law. — Baltimore ; Oxford, 1985.

Варга Ч. Порівняння правових культур і правового мислення

Анотація. Правові культури у своїй індивідуальності є тимчасовим результатом різних взаємодій, що можуть бути концептуалізовані в межах парадигми викилику та відповіді. Їхнє порівняння представляє перспективу, в якій власна культура може відобразитися через моделі інших. В їхніх межах правовий процес є посередником, через якого право реалізується у суспільстві. Їхнє порівняльне дослідження звертається до питання про те, як на практиці можна отримати відповідь, яка водночас витікає з права і втілює його, і в дійсності відповідає на потреби, приховані за фасадом будь-якої юридичної установи. Як напрям «порівняльні правові культури», так і «порівняльне правове мислення» дають таку відповідь шляхом подолання прірви між однорідністю (інтернальністю) права та неоднорідністю суспільно-культурного середовища (екстернальністю).

Ключові слова: соціальна неоднорідність/правова однорідність, правова концептуалізація, правова інституціоналізація, юридична техніка, конвенціалізація/реконвенціоналізація, наступність суспільної практики, самореконструкція.

Варга Ч. Сравнение правовых культур и правового мышления

Анотація. Правовые культуры в своей индивидуальности являются временным результатом разных взаимодействий, которые могут быть концептуализированы в рамках парадигмы вызова и ответа. Их сравнение представляет перспективу, в которой собственная культура может отображаться через модели других. В их рамках правовой процесс является посредником, через которого право реализуется в обществе. Их сравнительное исследование обращается к вопросу о том, как на практике можно получить ответ, который одновременно проистекает из права и воплощает его, и в действительности отвечает на потребности, скрытые за фасадом любого юридического учреждения. Как направление «сравнительные правовые культуры», так и «сравнительное правовое мышление» дают такой ответ путем преодоления пропасти между однородностью (интернальностью) права и неоднородностью общественно-культурной среды (экстернальностью).

Ключевые слова: социальная неоднородность/правовая однородность, правовая концептуализация, правовая институционализация, юридическая техника, конвенционализация/реконвенционализация, преемственность общественной практики, самореконструкция.

Varga Cs. Legal Cultures and Judicial Mind Compared

Summary. Legal cultures in their individuality are the temporary outcome of interactions, conceptualisable in terms of the challenge-and-response paradigm. Their comparison offers a perspective by which one's culture can be reflected by patterns of others. Within them, judicial process is the medium through which what the law stands for in society gets actualised. Their comparative approach addresses the issue of how a response can be reached in practice which at the same time concludes from (while represents) the law and does truly respond to needs lurking behind the façade of any legal establishment. Both Comparative Legal Cultures and Comparative Judicial Mind answer by bridging the gap spanning between the law's homogeneity (internality) and the socio-cultural environment's heterogeneity (externality).

Key words: social heterogeneity/legal homogeneity, legal conceptualisation, legal institutionalisation, legal technique, conventions/ reconventionalisation, continuity of social practice/through self-organising self-reconstruction.

Книжкова полиця

Державний суверенітет в умовах європейської інтеграції : монографія / Ю. П. Битяк, І. В. Яковюк, С. Г. Серьогіна [та ін.] ; за заг. ред. Ю. П. Битяка, І. В. Яковюка. — К. : Ред. журн. «Право України» ; Х. : Право, 2013. — 336 с. — (Наук. зб. «Академічні правові дослідження». Дод. до юрид. журн. «Право України» ; вип. 15).

У монографії з урахуванням сучасних методологічних позицій аналізуються сучасні теоретичні і практичні проблеми реалізації державного суверенітету, його співвідношення з суверенними правами, досліджуються особливості реалізації в умовах членства в Європейському Союзі та Раді Європи.

Для науковців, викладачів, аспірантів, студентів, працівників органів державної влади.



ЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ПРАВО» В ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕННЯХ І ПРОБЛЕМА ЇХ ОБ'ЄКТА

- The Meaning of »Law« in Comparing Laws or the Complexity of What the Object of Legal Comparison Is' [манускрипт 21
<https://www.researchgate.net/publication/269601831_The_Meaning_of_%27Law%27_in_Comparing_Laws_or_the_Complexity_of_What_the_Object_of_Legal_Comparison_Is>] / *Порівняльно-правові дослідження* [Київ] 2013/1–2, 9–12 / *Comparative Studies in Law and Politics* / *Сравнительные правовые и политические исследования* [Москва] 1 (2013) 2 [№ 2], 65–75 & in <<https://ppke.academia.edu/CVARGA/Papers>>
- in X. Бехруз & О. Кресін 'Пошук нових філософсько-методологічних орієнтирів порівняльно-правових досліджень: V Міжнародна наукова конференція «Компаративістські читання» (26–28 квітня 2013 р., Одеса)' *Філософія права і загальна теорія права* [Київ] 2013/1, 370–372: 371**
- рецензія: 'Значення поняття «право» в порівняльно-правових дослідженнях і проблема їх об'єкта' in В. Еміх 'V Міжнародна наукова конференція «Компаративістські читання» (Одеса, 26–28 квітня 2013 р.): проблема формування парадигмальних орієнтирів сучасних юристів' *Порівняльне правознавство* Науково-практичний фаховий журнал [Київ] 2013/1–2, 521–527: 523–524 / X. Бехруз & О. Кресін 'Пошук нових філософсько-методологічних орієнтирів порівняльно-правових досліджень: V Міжнародна наукова конференція «Компаративістські читання» (26–28 квітня 2013 р., Одеса)' *Філософія права і загальна теорія права* [Київ] 2013/1, 371

**ПОШУК
НОВИХ ФІЛОСОФСЬКО-МЕТОДОЛОГІЧНИХ
ОРІЄНТИРІВ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ
ДОСЛІДЖЕНЬ:
V МІЖНАРОДНА НАУКОВА КОНФЕРЕНЦІЯ
«КОМПАРАТИВІСТСЬКІ ЧИТАННЯ»**

(26–28 квітня 2013 р., Одеса)

Із 2006 р. в Україні стало традицією проведення Міжнародних наукових конференцій «Компаративістські читання», організованих за ініціативи Української асоціації порівняльного правознавства та Центру порівняльного правознавства при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Цей форум є одним із найбільш авторитетних і представницьких наукових заходів, які визначають сучасний стан, а також основні напрями і тенденції порівняльно-правових досліджень, що є характерними для сучасної юридичної науки.

Міжнародна конференція традиційно збирає фахівців у галузі порівняльного правознавства не тільки з України та Росії, але й інших пострадянських держав, а також колег із Західної Європи, США та країн Азії.

Цього року Міжнародна конференція «V Міжнародні компаративістські читання» проходила в м. Одесі, а її співорганізаторами виступили Національний університет «Одеська юридична академія», Національна академія правових наук України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Українська асоціація порівняльного правознавства. Усього в роботі конференції взяли участь із доповідями та повідомленнями 158 вчених (у тому числі 85 — безпосередньо і



73 — заочно). Серед них — 37 докторів і 67 кандидатів наук, 54 — викладачі, аспіранти, державні службовці, адвокати. Крім того, у конференції брали участь 55 слухачів. Учасники конференції представляли 10 країн: Україну, Росію, США, Канаду, Туреччину, Угорщину, Польщу, Молдову, Болгарію та В'єтнам.

Відкриваючи конференцію, директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік НАН України, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права Ю. Шемшученко зазначив, що сучасне порівняльне правознавство є однією з найбільш розвинених, концептуально і методологічно наповнених юридичних наук.

Під час конференції було проведено п'ять майстер-класів: «Національна правова система і проблема рецепції права» (Халук Кабаліоглу, декан юридичного факультету Університету Єдитепе у Стамбулі, віце-президент Європейської асоціації юридичних факультетів), «Розуміння іноземного права зсередини» (Кетрін Валке, професор Університету Торонто), «Значення поняття «право» в порівняльно-правових дослідженнях і проблема їх об'єкта» (Чаба Варга, професор-дослідник Інституту правових досліджень АН Угорщини), «Порівняльні підходи в міжнародному праві» (Уільям Елліотт Батлер, професор Університету штату Пенсильванія), «Сучасні напрямки досліджень у порівняльному правознавстві» (Хашматулла Бехруз, професор Національного університету «Одеська юридична академія»); три пленарних засідання: «Теоретико-методологічні питання порівняльного правознавства», «Правові системи сучасності: класифікація, взаємодія, тенденції розвитку», «Діалог праворозуміння, права людини і порівняльне правознавство»; секційні засідання; одинадцять презентацій наукових та науково-методичних видань.

Жваву дискусію викликав майстер-клас філософсько-правової спрямованості професора Ч. Варги, на якому розглядалися питання про зміст і співвідношення явищ, що позначаються термінами «закон» і «право», розмежування яких є, на його думку, необхідним для визначення належного об'єкта правового порівняння. У центрі уваги вченого перебували дві ключові проблеми: 1) формалізація норм права в законі у процесі правотворчості і роль юридичної техніки у цьому процесі; 2) потенціал закону і його актуалізація у реальних умовах в процесі правозастосування, насамперед у конституційному правосудді. Професору близька ідея *dynami*, згідно з якою незалежно від правозастосування закон несе в собі потенціал, який може актуалізуватися в щось більше за допомогою формально-юридичних дій і отримати онтологічне існування під впливом суспільного буття. Виходячи з цього засновку, закон може виступати у двох іпостасях: перша — однорідна формальна субстанція, друга — практична дія, зумовлена нагальними потребами. Евристичну значущість мав фінальний висновок Ч. Варги щодо необхідності формування нового рівня порівняльно-правових досліджень — сутнісного порівняння норм права з урахуванням правозастосовної практики, особливостей лінгвістичних способів і засобів, правової культури, правової ідеології як особливого роду професійної деонтології та інших факторів.

Ключовими питаннями на конференції стали проблеми філософії, теорії та методології порівняльного правознавства, різні аспекти яких були висвітлені у виступах О. Тихомирова «Просторовий вимір права», присвяченому обґрунтуванню актуальності і необхідності осмислення правової реальності в контексті

просторової форми її існування; О. Ткаченка «Правове порівняння у структурі інтелектуального простору юриспруденції: експозиція постметафізичної ситуації», присвяченому сучасному правознавству, яке вимагає експлікації структур правового пізнання. Як інтелектуальний простір воно має охоплювати сфери сущого і його осмислення у сфері буття: першій відповідають конструкції юридичної догматики, другій — правове порівняння як юридична деконструкція.

У ряді виступів розглядалися проблема використання різних концептуальних підходів і методів у дослідженні порівняльного правознавства, зокрема у виступах В. Завальнюка «Антропологічний метод у дослідженні правових систем», де представлена взаємодія дослідницьких програм юридичної антропології та порівняльного правознавства та продемонстровано значення антропологічного методу для дослідження правових систем; І. Ситара «Методологія акультураційних процесів у контексті синергетичних підходів», де було окреслено особливості використання порівняльно-правового методу як фундаментальної основи дослідження акультураційних процесів та порівняльного правознавства в цілому; О. Халабуденка «Конструкція і деконструкція: посткласичний підхід до порівняльного правознавства», присвячений способам вирішення комплексу філософсько-методологічних проблем, що виникають у порівняльному правознавстві; К. Горобця «Структуралізм і постструктуралізм в методології порівняльно-правових досліджень», що висвітлює структуралістські і постструктуралістські основи методології сучасного порівняльного правознавства; В. Муллер «Методологічна роль герменевтичних канонів Е. Бетті в порівняльному правознавстві» з аналізом когнітивних можливостей застосування герменевтичних канонів, розроблених італійським ученим Е. Бетті в порівняльно-правовій науці; М. Абсайтової «Методологічні аспекти осягнення істини в порівняльно-правових дослідженнях», де запропоновано оригінальний погляд на проблему осягнення істини в порівняльно-правових дослідженнях тощо.

V Міжнародна наукова конференція «Компаративістські читання», як видається, мала істотне значення з точки зору пошуку філософсько-методологічних парадигмальних орієнтирів порівняльно-правових досліджень, концептуальних установок і комунікативних мотивацій для сучасних юристів. Необхідність формування нового юридичного мислення і вимог до юридичної професії детермінується зміною основ суспільно-політичного життя сучасного суспільства. За доби глобалізації саме порівняльне правознавство стає системоутворюючим фактором у формуванні мислення сучасного юриста.

Х. БЕХРУЗ

*доктор юридичних наук,
професор кафедри права Європейського Союзу
та порівняльного правознавства
(Національний університет «Одеська юридична академія»)*

О. КРЕСІН

*кандидат юридичних наук, доцент,
член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права,
керівник Центру порівняльного правознавства
(Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України)*

THEATRUM LEGALE MUNDI

ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ ПРАВОВИХ СИСТЕМ

- 'Theatrum legale mundi avagy a jogrendszerek osztályozása'* in *Ius unum, lex multiplex Liber Amicorum: Studia Z. Péteri dedicata* (Tanulmányok a jogösszehasonlítás, az államelmélet és a jogbölcselet köréből, szerk. H. Szilágyi István & Paksy Máté (Budapest: Szent István Társulat 2005) & <<http://drsabavarga.wordpress.com/2012/03/24/theatrum-legale-mvndi-ed-cserne-2007/>> & <[https://www.academia.edu/6118375/THEATRUM LEGALE MVNDI SYMBOLA CS. VARGA OBLATA ed. Péter Cserne et al.](https://www.academia.edu/6118375/THEATRUM_LEGALE_MVNDI_SYMBOLA_CS._VARGA_OBLATA_ed._Péter_Cserne_et_al._)>, 219–242 [Jogfilozófiák / Philosophiae Iuris // Bibliotheca Iuridica: Libri amicorum 13] & in *A jogösszehasonlítás elmélete* Szövegek a jelenkori komparatiztika köréből, szerk. Fekete Balázs (Budapest: Szent István Társulat 2006), 167–184 [Bibliotheca Cathedrae Historiae Juris Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae Budapest] & Varga Csaba *Jogfilozófia a múlt, jelen és jövő ölelésében* (Budapest: Pázmány Press 2018), 417–441 [Tanulmányok 44] & <<http://mek.oszk.hu/18900/18995/18995.pdf>>
- 'Theatrum legale mundi On Legal Systems Classified'* in *Європейське право та порівняльне правознавство* Збірник статей, ред. Ю. С. Шемшученко, І. С. Гриценко & О. В. Кресін; упор. О. В. Кресін & О. Д. Рожко (Київ-Шамборі [Kiyv & Chambery]: Логос 2010), 24–50 & *The Romanian Journal of Comparative Law* I (2010) 1, 105–133
- 'Taxonomy of Law and Legal Mapping: Patterns and Limits of the Classification of Legal Systems'* *Acta Juridica Hungarica* 51 (2010) 4 & in <http://real-j.mtak.hu/765/1/ACTAJURIDICA_51.pdf>, 253–272 & <[https://www.researchgate.net/publication/275758820 Taxonomy of law and legal mapping](https://www.researchgate.net/publication/275758820_Taxonomy_of_law_and_legal_mapping)>
- 'Theatrum legale mundi: Про класифікацію правових систем' Порівняльне правознавство** Науково-практичний фаховий журнал [Київ] 2012/3–4, 17–37 & <http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=porpr_2012_3-4_4>
- Theatrum legale mundi: о класификации правовых систем'* [пер. Е.Г. Самохина] in Чабарова *Загадка права и правового мышления* Избранные произведения; Сост. и науч. ред. М.В. Антонов (Санкт-Петербург: Издательский Дом «Алеф-Пресс» 2015), 144–172

THEATRUM LEGALE MUNDI.
ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ ПРАВОВИХ СИСТЕМ¹



Ч. ВАРГА

*доктор юридичних наук, член-кореспондент
Міжнародної академії порівняльного права,
почесний професор і директор-засновник
(Інститут філософії права
Католицького університету Угорщини),
почесний професор-дослідник
(Інститут правових досліджень
Академії наук Угорщини, м. Будапешт)*

1. Попередні зауваження

Театральна метафора з назви цієї статті, характерна для барокової епохи, належить Г. Лейбніцу, який 1667 р. вказав на потребу описати «театр права світу», що дійшов до нас, демонструючи: що більше розширюється розумовий світ людства протягом історії, то більш гострою є потреба у класифікуванні його складових елементів. Наприклад, в Англії К. Сен-Жермен ще 1531 р. вказав на відмінність між

романським	англійським
------------	-------------

правом, зазначивши також наявність кореляції в їх розвитку, і підкреслив, що природне право в останньому випадку відповідає розсудку (*reason*) в першому [44; 53]². Ще через сімдесят років, у 1602 р., У. Фулбек описав правовий світ таким, що виходить з трьох правових систем [19; 67], а саме,

англосаксонської	континентальної	канонічної
------------------	-----------------	------------

а ще через століття, у 1701 р., лорд Холт писав, що «принципи нашого права походять від цивільного права, і тому багато в чому вони ґрунтуються на тому самому розсудку» [31]. Ця формула відображає самосприйняття Європи раннього Нового часу, коли крім тих світів, що розташовані по обидва боки

¹ Попередні версії цієї статті опубліковані у: [64, с. 253–272; 65, с. 105–133; 74, с. 24–49]. Переклад з англійської О. Кресіна.

² Зазначає, що «в основі розвитку лежать потреби людини розумної» [6, с. 189].

Ла Маншу, помічався хіба що до певної міри вичерпаний вплив з боку папського престолу. Однак зазначений вище поділ є типологічно правильним і дійсним до сьогодні.

Ще майже через два століття, у 1880 р., Е.-Д. Глассон запропонував [20] трьохскладову класифікацію, в основу якої було покладено історичне походження, а саме виникнення права на основі

звичаєвого права варварів (Англія, Скандинавія, Росія)	римського права (Італія, Румунія, Португалія, Греція, Іспанія)	поєднання цих двох систем права (Франція, Німеччина, Швейцарія)
---	---	--

Ця класифікація, що в основному не спирається на існуючі досі й фактично домінуючі критерії, залишається гідною вивчення. У характерний для типології спосіб Е.-Д. Глассон, окреслюючи карту внутрішнього поділу Європи, вказує на особливе становище таких регіонів, як Скандинавія і Росія. Цікаво, що класифікація об'єднує правові системи Англії та Скандинавії в одну категорію, а системи Франції і Німеччини — в іншу, так що обидві ці групи відокремлені від спадщини римського права.

2. Пропозиції

Формування правової карти світу — шляхом класифікації різних правових систем відповідно до сталих с і м е й н и х характеристик, які знаходять своє вираження у їх головній місії, формі, структурі й моделі функціонування, — стало завданням порівняльного права ХХ ст., яке до того часу вже достатньо визріло, щоб стати справжнім рухом.

Коли ми уважніше придивимось до таких спроб, можна одразу побачити, що окремі одиниці у правовому розмаїтті виділяються від початку, ставляться в центр як постійні величини, викликають наш інтерес до створення цієї карти загалом, визначаючи типізацію всього контексту і остаточну орієнтацію. Коли карта буде повністю складена, інші одиниці буде приєднано здебільшого як додаткові, або як підтвердження розмаїття права, результатом чого буде скоріше неконкретний інтерес до віддалених країн (називаючи їх типи), аніж глибоке осягнення багатства світу і його вичерпний опис.

Так, на початку ХХ ст. А. Есмейн (1905) вважав, наприклад, що м о в а і походження населення становитимуть найбільш прийнятну основу такого поділу правових систем [16, с. 445, 451]:

романські (Франція, Бельгія, Італія, Іспанія, Португалія, Румунія, Центральна і Південна Америка)	германські (Скандинавія, Австрія, Угорщина)	англо- саксонські (Англія, Америка, англомовні колонії)	слов'янські	мусуль- манські
--	---	--	-------------	--------------------

Такий поділ, незважаючи на те, що був впливовим протягом певного часу, виявився надто фрагментарним і недостатньо глибоким. Однак, на вершині європейського імперіалізму або політико-економічної експансії цей аналіз тео-

ретично охоплював світ крізь історичну призму Європи. Цікаво, що він також включав арабську культуру — маючи на увазі її присутність на Піренейському півострові у Середньовіччі — як рівноправну¹. Ми бачимо тут вперше відокремлення германців від римської традиції права, можливо, внаслідок конфліктів Германської та Австро-Угорської імперій з іншими країнами світу. В будь-якому разі, навряд чи може існувати інше пояснення тому, що до германського віднесене угорське право.

Іншу типологію запропонував Дж. Созер-Холл (1913), який спирався на виключний критерій *раси* як принцип класифікації, що відповідало панівному духу тієї епохи [45, с. 113]:

арійські, індо-європейські — хінду-іранські (Персія, Вірменія) — кельтські (кельти, галли, ірландці, галли) — греко-латинські (грецьке, римське, канонічне, неошвейцарське) — германське — англосаксонське (англійське, англо-американське, новосаксонське) — литовсько-слов'янське (російське, сербо-хорватське, словенське, чеське, польське, древньо- пруське, литовське, рутенське, словацьке, болгарське)	семітське (емірське, єгипетське, іудейське, арабо- мусульман- ське)	монголоїдне — китайське (Китай, Індокитай, Тибет) — японське	варварське звичаєве (негритянське, меланезійське, індонезійське, австралійське, полінезійське, американське і гіперборейське тубільне)
--	---	---	--

Сильний вплив його категоризації досі відчувається у деяких аспектах, незважаючи на те, що в ній не йдеться про конкретні подібності й відмінності в правовій природі як критерії такого поділу на групи. Тим не менш, він, безсумнівно, був першим, хто спробував описати відому на той час сукупність правових режимів з урахуванням їх історичного розвитку і фактичного розмаїття на планеті. Насправді він змалював всеохопну картину народних сил, які, можливо, створили відомі культури, вперше включивши у цю схему «заключну категорію» очевидного «змішаного» характеру. Він був також першим, хто створив широку і узагальнену систему, хоча сам відштовхувався від власного режиму (який визначав як історичний результат діяльності народів, які пізніше ідентифікувалися як «західні» в культурному сенсі). У цій спробі він, можливо, керувався заснованим на логіці «естетичним» бажанням не допустити надто вузького визначення кордонів свого власного правового режиму, що відокремлюють його від решти світу.

У період між двома світовими війнами Г. Леві-Ульманн (1922) першим класифікував «цивілізовані» правові системи залежно від історії їх розвитку [34, с. 85–87]:

¹ Пор., напр., з [4].

континентальні (писане право, затверджене парламентом і кодифіковане)	англомовні (звичаєве право, що розвивається через юридичну практику)	мусульманські (на релігійній основі, практично незмінні)
--	---	--

але з такою конкретністю поділу, яка може викликати підозру в тому, що він (як і дуже багато вчених до і після нього) фактично провів єдину роздільну лінію між своїм вітчизняним правом та усім іншим, що відрізняється від нього. Або ж він, можливо, виходив з того, що все інше є не більше ніж прикрасою, декорацією або обрамленням для естетичної повноти. На основі трьох томів історико-порівняльного огляду Дж. Вігмора (1928) [66], підготовленого для американських юристів, у якому він описує велику кількість правових систем минулого і сучасності, важко сказати з упевненістю, чого саме намагався досягти цей автор — дати класифікацію чи просто навести приклади:

єгипетська	месопотамська	єврейська	китайська	індуська
грецька	римська	японська	мусульманська	кельтська
слов'янська (чеська, польська, югославська, російська)		германська	морська	
папська		романська	англійська	

Нарешті, Е. Мартінез Паз (1934) взяв за основу свого поділу права по-в'язаність генетичних витоків (з показовою прогресивною градацією) — з огляду на європейський розвиток, в той час як інше право навіть не згадується [36, с. 154]:

варварське звичаєве (Англія, Швеція, Норвегія)	варварсько-римське (Німеччина, Італія, Австрія)	варварсько- римсько- канонічне (Іспанія, Португалія)	римсько-канонічно- демократичне (Швейцарія, Латинська Америка, Росія)
---	---	---	--

В історичній послідовності класифікацій віднесення англосаксонського і скандинавського права до однієї спільної групи є сталим, в той час як відокремлення латинсько-германської Центральної Європи від власне Західної Європи в межах романського ареалу — новелою.

З низки класифікацій, розроблених після Другої світової війни, першою стала чудова теоретична розвідка трьох авторів із Франції. Як відомо, головна мета П. Армінйона, Б. Нольде і М. Вольфа (1950) полягала в тому, щоб закласти теоретико-методологічну основу правового компаративізму, а не запропонувати опис правового світу. Відповідно, ці автори успішно опрацювали приватне право за допомогою достатньо перспективних критеріїв категоризації. Однак, як неминучий побічний результат, вони ігнорували ідеали правопорядку (наприклад, у країнах Далекого Сходу), де така концептуалізація є неприйнятною. Зрештою, вони вважали, що історична еволюція приватного права в Європі спирається на сім його незалежних типів. Нижче наведена їх класифікація [1, с. 49]:

французьке	германське	скандинавське	англійське	російське
ісламське			індуїстське	

Вона (додатково виокремлюючи північний регіон¹) тривалий час залишалася надзвичайно важливим досягненням.

Р. Давид (1950), праця якою з часом стала класикою в міжнародному русі порівняльного права, заснував дещо інший напрям. Хоча він був відданим романо-германському праву, однак розширив свої дослідницькі інтереси з технічної інструментальності цивільного права на всі правові утворення як одиниці, організовані в систему, де різні складові відіграють свої ролі. В умовах появи залізної завіси між Східною і Західною Європою, зростаючого передчуття загрози ядерної катастрофи і Третьої світової війни, ідеологія або філософський світогляд, на яких ґрунтується певний правовий режим, стали для нього основним критерієм класифікації, посунувши на другий план як додатковий критерій юридичну техніку [13, с. 8, 214–226]. Запропонована ним класифікація права:

західне (засноване на моральних нормах християнства, політичних і соціальних принципах ліберальної демократії та економічного устрою капіталізму) — французьке — англо-американське	радянське (засноване на соціалістичній економіці й пов'язаних з нею політичних, соціальних і моральних принципах)	мусульманське (на релігійній основі)	індуїстське (на особливій філософській основі)	китайське
--	--	---	---	-----------

мала довготривалий вплив через врахування базової поляризації, незважаючи на елементарну простоту своєї структури. Або ж, вона представляла собою простий відбиток ідеології холодної війни, основу якої визначало протистояння західноєвропейського і атлантичного світу Третьому Риму, Московській імперії. Тут теж, як ми бачили і раніше, поодинокі посилення на одну-дві культури з віддаленої периферії (які почали вимальовуватися на обрії) могли слугувати лише простим доповненням. Пізніший аналіз Р. Давида (1961) фактично згладив жорсткість такого категоричного протиставлення. Вибравши власний шлях, визнавав він, Захід також може рухатися до соціалізму; більш того, навіть Африка і Азія (без християнського минулого) можуть рухатися у тому ж напрямі². Як не дивно, смертельна небезпека з боку радянської супердержави (і одночасно з цим подальше сповзання Заходу до прагматизму *realpolitik* (реальної політики), його відмова захистити Угорщину в драматичні дні 1956 р.) призвела до поваги у світі амбіцій СРСР, що змусило Захід до боязливого відступу. Нарешті, сам соціалізм як спосіб побудови світової системи зміг отримати визнання у світі як окремий типологічний локус, у той час як у радянській термінології антипод радянського, «західне» право, називали «буржуазним».

Тому зовсім не випадково Ф. де Сола Канісаресом (1954) була запропонована інша версія цієї класифікації, з невеликими змінами, але у значно спроще-

¹ «За своїм походженням і розвитком скандинавське право не збігається ні з римським, ні з французьким, ні з германським» [1, с. 50].

² «Між іншим, усі нації Заходу, хоч і різною мірою, виявляють схильність до соціалістичного шляху; більше того, на мою думку, вони можуть просунутися ще далі цим шляхом, у той же час не відмовляючись від належності до системи західного права. Врешті-решт, певній кількості не-християнських країн Африки й Азії вдалося перейти системи до західного права, не маючи за основу принципи християнської моралі» [11, с. 59].

ному вигляді¹, яка нагадує трьохелементну класифікацію Г. Леві-Ульманна 1922 р.:

західне (християнське, але не авторитарне)	радянське (атеїстичне і колективістське)	релігійне — що походить від релігійних принципів (канонічне, індуїстське, мусульманське) — китайське (з псевдорелігійною філософією, у якій право має етичне забарвлення)
--	--	--

Також зовсім не випадково соціолог Г. Леві-Бруль (1961) виступив з невда-
лою спробою створення нової теоретичної схеми:

західне	радянське	теократичне — древньо- іудейське — мусульманське	феодальне	примітивне
---------	-----------	---	-----------	------------

застосувавши свою типологічну модель з метою окреслити соціологічно-
правову панораму на основі історичного підходу [33, с. 116]. Незважаючи на
свою консервативність, просякнуту повагою до традиційних цінностей, ця
типологія може здивувати нас тим, що надає однакової таксономічної ваги як
Заходу, так і анти-Заходу, тобто більшовизму, а тим більше ставить їх поруч з
утвореннями, що виникли на основі світових релігій, які свого часу на тисячо-
ліття вперед визначили подальший шлях цивілізації. Однак, оцінюючи атмо-
сферу космічних загроз і очікування наближення катаклізму, цю податливість
Заходу все ж слід пояснювати у термінах соціальної психології, а не об'єктивного
відстороненого погляду.

Однак з часом світ відкрився для західного мислення і під впливом відповід-
ної теорії були зроблені спроби філософської класифікації права. У класичному
стилі створена типологія Ф. Нортропа (1959) [38, с. 184], що ґрунтується на
розумінні специфіки Далекого Сходу. Вона складається з таких груп права:

«інтуїтивне посередницьке» (конфуціанське, буддистське, даоське, неарійське індуїстське)	відповідне природній історії (класичний Китай, Ману, древні індійські арійські завойовники, кодекси мусульманського права, римське право до стоїків)	абстрактне договірне
---	---	-------------------------

Згідно з нею на Далекому Сході домінувала система інтуїтивного посеред-
ництва, у якій «процес... витісняє кодекси права на задній план, бажано взагалі
обходитись без них, щоб заохотити сторони спору до теплої атмосфери взаєм-
них поступок, як правило, через посередника, так щоб вишукано змінити попе-
редньо висловлені вимоги, після чого обидва учасники спору, враховуючи всі
виняткові обставини справи, могли б спонтанно дійти єдино можливого рішен-
ня. Кодекси, звичайно, можуть існувати, однак до них звертаються лише в
крайньому разі, й навіть тоді це є ганьбою для учасників спору. ...При цьому не
застосовуються не лише норми законодавства — відсутній також і суддя.
Навіть посередник відмовляється приймати рішення. Натомість спір належ-

¹ Праця Ф. де Сола Канісареса [14], цитована Р. Родьером [43, с. 13].

ним чином врегульовується, коли сторони спору, використовуючи посередника лише як представника, доходять взаємної згоди на основі усіх існуючих обставин, минулих, теперішніх і майбутніх. ...Критерієм справедливості і добра виступають не абстрактні універсалії кодексу права, а екзистенціональна конкретика даної проблематичної ситуації...» [38, с. 184–185]¹.

Натомість, у системі, створеній у наївно-реалістичний спосіб відповідно до природної історії, «кодекси... виражені у синтаксичній граматиці мови предметів і стосунків, що відповідають здоровому глузду...; ці кодекси описують біологічно сприйняті норми патріархальної або матріархальної сімейної та племінної спорідненості як статус-кво, в основі якого лежить індукція або відчуття» — застосовуються реалістичні універсалії [38, с. 186].

Насамкінець, згідно із абстрактним договірним ідеалом, право містить певну «технічну термінологію..., яка дає змогу побудувати правові й соціальні об'єкти і відношення, ...у той час як... ідентифікація нею етичних і соціальних норм з абстрактно і уявно створеними... людськими нормами і відношеннями... робить можливим реформування етики і права». Оскільки «всі люди рівні перед цим кодексом, вони є проявленням одних і тих самих універсалій; а їх екзистенціональна особливість не є етично релевантною». «Тому... норму, створену на основі договору, можна вважати етичною лише в тому разі, якщо, стосуючись однієї людини, вона одночасно стосується будь-якої іншої людини» [38, с. 188–189].

Майже одночасно з цим сталася також нова хвиля активних дій у зв'язку з ініціативами реформи класичного порівняльного права. Піонер цієї реформи А. Шнітцер заявив (1961) [48, с. 133], змінивши свою попередню точку зору (1945) [49, с. 86], що існують п'ять великих блоків цивілізації:

примітивні народи	культурні народи Античності (Єгипет, Месопотамія, Еллада, Рим)	європейсько-американські романські — романські — германські — слов'янські — англо-американські	релігійні — іудаїстські — християнські — ісламські	афро-азійські — азійські — африканські
-------------------	--	---	---	--

у межах кожної з яких кожний «великий культурний цикл» [*große Kulturkreise*] може генерувати відповідне «к о л о п р а в а» [*Rechtskreise*]. А тому відповідні культури необхідно розділяти історично у спосіб, який охоплює повністю розвиток права. Мабуть, лише цим можна пояснити, чому Північноєвропейський регіон не був виокремлений в межах євроатлантичної цивілізації, яка розглядається як однорідний блок.

Цікаво, що класифікація К. Цвайгєрта, що з'явилася приблизно у той же час (1961) і зосереджує увагу на сьогоденні, виділяючи відмінності у межах «кіл права» [71, с. 48–54], майже дослівно повторює схему, сформульовану 1950 р.

¹ Як зауважує Ф. Нортроп, усе це є також близьким до радикального емпіризму і номіналізму Дж. Дьюї, С. К'єркегора і Ж.-П. Сартра, тому що «за цим інтуїтивним, посередницьким типом права у Азії стоїть конфуціанська, буддійська і до-арійська індуїстська епістемологія, яка стверджує, що повне, безпосереднє і точне емпіричне знання конкретної людини, відношення або явища у природі виявляється унікальним» [38, с. 186].

П. Армінйеном, Б. Нольде і М. Вольфом, з доданням до неї одного лише дале-
косхідного різновиду [71, с. 55]. Його класифікація:

романське	германське	скандинавське	англо-саксонське	комуністичне
східне (не комуністичне)		ісламське	індуїстське	

є не лише завершеною, а й логічною, оскільки він пояснює свої вихідні позиції. Уникаючи одномірності (але припускаючи можливість різних результатів, залежно від того, яке право береться до уваги, — публічне чи приватне), стиль правової системи у цілому визначається на основі класифікації, яка його враховує: 1) історичне походження; 2) типовий образ мислення; 3) правові інститути (особливо у випадку розвинутого західного права); 4) джерела права, разом з їх тлумаченням (особливо щодо ісламського й індуїстського права); 5) ідеологічні атрибути, на яких ґрунтується ідеал відповідного правопорядку (зокрема, якщо це закони з релігійною основою або соціалістичним корінням) [72, с. 69; 74].

Як ми вже зазначали раніше, соціалістичне (або, беручи за основу його оригінальний варіант, радянське) право було вперше класифіковане як окремий тип у праці Р. Давида, першого автора періоду холодної війни, ще 1950 р., і залишалося постійним і незмінним елементом класифікацій аж до падіння світової соціалістичної системи.

Крім цього, цей термін також використовувався — додатково до понять надмірної ідеологізації чи політизації — при теоретичному узагальненні. Наприклад, К. Кульчар (1961) [30, с. 9–12] запропонував класифікацію на основі дихотомії:

експлуаторське (самозбереження, вплив на зовнішню поведінку лише шляхом встановлення обмежень)	соціалістичне (також розбудова нового суспільства, де цільова освіта повністю трансформує людину)
---	--

яка так само була точним відображенням потреби свого часу¹.

Навіть виходячи з протилежної відправної точки — не формування майбутньої людини згідно з соціалістичною утопією, а з того, що соціалізм заперечує як досягнення Заходу протягом кількох тисячоліть розвитку цивілізації, — західні мислителі прийшли до такого самого результату в типологічному сенсі. Так, як заявив індієць В. Бозе (1962), єдиним критерієм класифікації може бути лише природа і міра «в і д д а н о с т і в е р х о в е н с т в у п р а в а » [3]. Відповідно, є два протилежні полюси і різні перехідні стани в класифікації права:

¹ У якості безумовно провідного авторитету, І. Сабо відмічає, що «розходження характерних рис превалює над формальними подібностями» [55, с. 155–167; 57], отже, «відсутня основа для правового порівняння двох типів права, яке теоретично “буде виходити” за межі домінування [одного] класу» [54, с. 72; 56].

західне (це право настільки міцне, що неможливо уявити зміну його основ)	перехідне — західно-орієнтоване (Індія, Малайзія, Йорданія, частково Африка) — частково західно-орієнтоване (Бірма, Пакистан, Туреччина) — диктатури за фасадом права (Індонезія, Гвінея) — суцільний хаос (Конго)	комуністичне
---	--	--------------

в якій динамізм проміжної сфери (з ціннісно орієнтованими тенденціями розвитку, які можуть передувати новим напрямом) здається найбільш прогресивним елементом.

Дж. Горла (1963) обґрунтовує поділ світу на дві частини, який представляється як гегемонія одного певного стандарту, що видається силою, здатною подавити все інше. Автор впроваджує у своє типологічне обґрунтування концепцію, згідно з якою опозиція між капіталістичним і соціалістичним правом є суттєвішою за різницю між романо-германським і англо-американським правом. Як він пояснив, наводячи свій поділ,

формальна відмінність		відмінність по суті
континентальне	англо-саксонське	соціалістичне право

«різниця між “континентальним (або романським) правом” і “загальним правом” є скоріше формальною, тобто заснована на критерії, який виокремлює форми (структури, техніки і поняття), а не “суть”»¹.

Спів, що триває вже чверть століття, щодо питання, якою мірою відмінні риси пов'язані своїм виникненням зі спільною основою та їх ідеологічною передісторією — на додаток до виділення відмінних рис з єдиного цілого, — змусила французького майстра післявоєнного правового компаративізму суттєво змінити свою позицію. Вийшовши поза межі етичної спільності, відомої як категорія «західне право», Р. Давид далі запропонував (1964) ввести два взаємодоповнюючі критерії, а саме «юридична техніка» (включаючи термінологію, концепції, ієрархію джерел права і юридичні методи) та «філософські, політичні або економічні принципи, які прагнуть впровадити», вказуючи, що «ці два критерії мають використовуватися послідовно і не ізольовано»². Відповідно, він переформулював свою таксономію, включивши проміжне поняття «правова сім'я» (*famille de droit*) наступним чином:

романо-германське	соціалістичне — радянське — народних демократій	англо-саксонське — Англія — США	релігійне або традиційне — мусульманське — індійське — далекосхідне (китайське, японське) — африканське і мадагаскарське
-------------------	---	---------------------------------------	---

¹ «Критерій «континентальне право (або романське) — загальне право» видається досить формальним, відрізняючи і зіставляючи форми (структури, техніки і концепції), а не “сутність”» [24, с. 9].

² «Два критерії мають застосовуватися сукупно, а не окремо один від одного» [12, с. 16].

Хоча це виокремлює те, що є очевидно відмінним у різноманітних формаціях (або радянських деформаціях) західної цивілізації, однак усе те, що є незгідним, відносить у спосіб, який неможливо науково довести, до єдиної і неправильно визначеної категорії. Справді, будь-яке посилання на «філософське, релігійне або традиційне»¹ право є не більш як простою підставою для виокремлення «іншого» або «відмінного». Дотримуючись такої логіки, будь-який компаративіст — з Далекого Сходу через мусульман до племен *малагасі* і *хова* на Мадагаскарі, — може сформулювати кліше і включити Берлін, Париж, Рим, Лондон і Нью-Йорк в одну езотеричну категорію разом з Москвою і Тираною.

Зрозуміло, що процес критичної самооцінки мав продовжитися. Наприклад, Р. Родьєр (1963) відповів на цей виклик, звузивши коло правових режимів, які піддаються класифікації. Стосовно перспектив гармонізації права у найближчому майбутньому, він висловив думку, що, крім християнського ареалу, спільна основа для порівняння відсутня [43, с. 26–27]. Відповідно, для порівняння придатне право трьох типів:

французький	англо-саксонський	радянський
-------------	-------------------	------------

Більше того, він навіть зауважив, що насправді за термінологією порівняльному аналізу піддаються французьке і радянське право, за принципами — французьке і англосаксонське. І додав: радянське право, схоже, гармонізовано із західним континентальним правом щодо формальної традиції, де існують добре розроблені рішення і техніка, які визначають загальний напрям; англосаксонське право відрізняється від французького виключно своєю специфічною технікою; радянське право суттєво відрізняється від французького і англосаксонського насамперед своїми основоположними принципами [43, с. 14–16].

Слідуючи цій логіці, стандартною практикою відтоді стала класифікація на групи залежно від варіювання співвідношення цих елементів. Класифікація, запропонована А. Мальмстромом (1969), ґрунтувалася в основному на історичних особливостях з різними складовими [35, с. 127–149]:

західне (європейсько-американське) — континентальне — латиноамериканське — скандинавське — англосаксонське	соціалістичне (комуністичне) — радянське — країни народної демократії — китайське	азійське (не комуністичне)	африканське — англомовні країни — франкомовні країни
---	---	-------------------------------	--

і була найбільш широкою після першої спроби Р. Давида у 1950 р., у якій вперше названо право Латинської Америки, і водночас виділено в окрему групу зі спільною назвою правові режими в Африці, що збереглися як слабкі копії права англійських і французьких колонізаторів. Іншим варіантом класифіка-

¹ Р. Давид проявляє непослідовність і в тому, що у змісті його книги вказується на «релігійне та традиційне право», а в тексті йдеться про «філософські або релігійні системи», хоча далі він це пояснює тим, що «ці системи, зовсім незалежні одна від одної, не можна кваліфікувати як справжні сім'ї. ...Навіть є сумніви, чи можна їх взагалі назвати правом» [12, с. 23].

ції, що з'явився у той період, була класифікація, доопрацьована К. Цвайгертом і Х. Кьотцем (1971) [73]¹:

романське	германське	англо-американське	скандинавське	соціалістичне
далекосхідне		ісламське	індуїстське	

Це, фактично, різновид типології, запропонованої К. Цвайгертом у 1961 р., що майже не зазнав змін, але значно гірший, оскільки скандинавське право розміщено між англо-американським і соціалістичним, виявляючись відрізним від своїх романських і германських коренів².

Поширення протягом кількох десятиліть спроб, здійснених під явним впливом моди, можливо, дискредитувало їх самих, як і достоїнства самої ідеї типології права; принаймні, протягом наступної чверті століття не було чути жодних нових пропозицій у цій сфері. Варіант, запропонований Дж. Ерсі з точки зору цивільного права (1973) [15, с. 196], заснований знову ж таки на марксистському баченні історії, розширивши типологію К. Кульчара («експлуаторське/ соціалістичне право»), сформульовану на десять років раніше:

природні спільноти	капіталістичне право	соціалістичне право
	— англійське і скандинавське — французьке — германське — Центральна і Південно-Східна Європа	

і покращивши її через віднесення англо-американського і скандинавського права до однієї спільної категорії та виокремлення права Центральної і Південно-Східної Європи.

Інші компаративістські спроби у той час переважно стосувалися роз'яснення того, що англо-американське право є дійсно вірним спадкоємцем багатств римського права і має в ньому своє коріння і джерело розвитку (парадоксально, але розуміння цього збіглося у часі з поступовим перенесенням наукового аналізу римського права з романо-германського регіону Середньої Європи до англomовних країн, у пошуках особливої ментальності «загального» права). Відповідно, як зазначав Р. Шлезінгер (1960), «за своїм духом і методом, а також за багатьма іншими особливостями класичне римське право ближче до загального права, аніж до сучасних цивільних кодексів». Або ще: «у системі загального права прецедентне право, яке є обов'язковим згідно із доктриною *stare decisis*, представляє собою елемент стабільності, а... зміни вносяться переважно статутним правом. ...У цивільному праві, з іншого боку, деяку певність (принаймні вербальну) і структурну стабільність дають кодекси, у той час як “тлумачення” у формі судо-

¹ У першому виданні німецькою мовою 1971 р. підкреслювалося, що «спільні історичні джерела, що існували на початку еволюції, втратили свою значущість стосовно “стилю” правових систем, у той час як пізніші події справили на останні більш суттєвий вплив» [72, с. 74]. Таке розмежування романської і германської груп на підставі їхніх коренів було піддано гострій і обґрунтованій критиці у праці І. Зайтая «Думки щодо проблеми групування сімей права» (1973) [70, с. 70, 72].

² Не випадково британські критики вбачають у такому угрупованні більше хаосу, ніж систематичної таксономії [59, с. 232].

вих рішень, що не підлягає обмеженню згідно з формальним правилом *stare decisis*, є елементом гнучкості» [46, с. 174, 187]¹.

Протягом останнього десятиліття другого тисячоліття знову мали місце кілька слабких спроб принаймні частково означити зміну ситуації. Чеський науковець В. Кнапп одним з перших відкинув соціалізм (1991) і визнав, що після краху радянської імперії західне право зберегло свою початкову дуальну форму:

континентальне	англо-американське	ісламське
----------------	--------------------	-----------

зауваживши, що романо-германське і англо-американське право, разом з ісламською правовою культурою, є тепер світовими системами, достатньо розвиненими, щоб заслуговувати на окремий правовий аналіз [29, с. 52–53, 58]. А шведський вчений М. Богдан (1994) висловився навіть обережніше і прагматичніше, поставивши запитання наступним чином: навіщо взагалі говорити забагато про щось, що потребує лише більш-менш глибокого опису? У своєму уточненні й поясненні зайнятої їм позиції у підручнику, надрукованому у Швеції,

англійське	американське	французьке	германське	соціалістичне
китайське			ісламське	

він не згадує скандинавське право, висуває тезу, що соціалістичне право збереглося на периферії, і пропонує проаналізувати китайське право [2].

Подальші концепції були не більш як варіаціями традицій, заснованих попередниками. Так, наприклад, М. ван Хоеке і М. Варрінгтон (1998) відверто запозичили схему, яка розділяє «н а с» та «і н ш и х» [60, с. 495–536]:

західне	інше — азійське — ісламське — африканське
---------	--

¹ Незважаючи на цю вражаючу ясність, усе це, мабуть, не несе в собі новизни. Як заявив ще 65 років тому Е. Рабель [41, с. 322–323]: «англійці й древні римляни... схожі у політиці щодо розбудови імперії, а також у базових характеристиках їх правових звичаїв. Найголовнішим є звичаєве право; метод прецедентного права, перехід від рішення в одній справі до рішення в іншій відіграє провідну роль; традиція обережно трансформує грубі початки у досконалу юстицію на основі дуалізму жорсткого звичаєвого права і справедливої практики магістратів — *jus civile* і *praetorium*, загального права і права справедливості, — де ціла доктрина присвячується питанню, якими можуть бути дії та захист сторін у суді; а ми тепер запитуємо, разом із Юстиніаном: що означає право сторони без судового процесу?».

Це є фундаментальна істина, згідно з якою «загальне право встановлює загальні принципи, враховуючи, як може діяти розумна людина за певних обставин, у той час як метод природного права передбачає проголошення загальних принципів, після чого припускається, що розумна людина буде дотримуватися їх у своїх діях» [23, с. 35].

Слід зауважити, наскільки ця характеристика, що спирається на англо-американську реконструкцію римської традиції права, більш глибока і життєздатна за континентальні підходи, виходячи через протиставлення індуктивності й дедуктивності. Наприклад, точка зору Р. Паунда, що «сутнісна відмінність між цивільним і загальним правом полягає не у предметі, а в методі», у спрощеному тлумаченні Ф. Г. Лосоно ввиглядає так: у той час як «кодекс не обов'язково є помітною ознакою системи цивільного права, як і його відсутність не є ознакою системи загального права», проте усе це є різницею в «типі мислення», що, у свою чергу, значить, що «система цивільного права тягнє до кодифікації», а ця обставина «важливіша за самі кодекси» [32, с. 46].

об'єднавши таким чином (без жодної оригінальності думки, про що свідчить просте називання географічних регіонів) кардинально відмінні, обширні культури, які не мають нічого спільного між собою, окрім того, що усі вони «не-західні», є просто з'єднаною до купи культурою решти людства. Класифікація Г. П. Гленна (2000) [21, с. 95–113; 22] також відповідала ідеї практичності:

хтонічне	талмудичне	цивільного права	ісламське
загальне право	індуїстське	азійське	

з тією додатковою характеристикою, що, посилаючись на справжні традиції, (а) він намагався виділити історичні типи мислення, які можна чітко ідентифікувати з філософської точки зору, в системі, яку (б) він почав з *хтонічної* (тобто, древньої, примітивної, органічної [від *chthōn* — земля]) моделі устрою, незважаючи на той факт, що в межах цієї моделі навряд чи могло розвинути будь-яке інституціоналізоване право.

З наближенням нового тисячоліття знову з'явилися типологічні експерименти під новою обгорткою, які пов'язувалися з продовженням картографування сучасного права, але включали огляди історичного розвитку. Водночас, вони збагатили статичне зображення минулого і сучасності згадкою про динамічний рух утворень з одного пункту в інший. Можливо, цьому сприяло розуміння того, що все, що у даний момент має домінуюче становище, можна тлумачити лише як зріз, дійсний у даній точці безперервного процесу. У той же час, існує практична потреба встановити всеохоплюючі сутнісні категорії, які виражають напрями і обмеження наслідків глобалізації права, як фактичних, так і потенційних. Наприклад, У. Маттеї, італійський компаративіст, що працює у США, висунув ідею (1997) про об'єднання політики, права і філософської та релігійної традиції в одній класифікаційній схемі [37, с. 19], яка здатна спровокувати жваві дискусії. Зрештою, у цій схемі:

професійне право (західна традиція права) [відокремлення процесу ухвалення правових і політичних рішень, секуляризація права] — британське і американське — романське і германське — скандинавське — змішане	політичне право (право розвитку) [нестабільне] — постсоціалістичне — Південно-Східної Європи кубинське — нерозвинене африканське і південноамериканське постсоціалістичне	традиційне право (східне) — ісламське — індійське та індуїстське — інші азійські / конфуціанські (китайське {що рухається до політичного} і японське {розвивається в напрямі професійного} [37, с. 40], пострадянські й постсоціалістичні країни Азії)
--	---	---

протиставляється Захід і Схід, тобто право світського спеціалізованого професіоналізму і право традиціоналізму, минуле якого змальовано темними фарбами, причому обидва ці типи тяжіють до незмінності й стабільності як елементи уявної конструкції, лише для того, щоб вмістити між ними нестабільний і залежний потік, над яким домінує проста політика і який, однак, здатен еволюціонувати в одному із згаданих вище напрямів. Крім цього,

У. Маттеї навіть не розглядав свою схему як систему зіставних суб'єктів, а вважав її просто точкою зору або рекомендованим концептуальним підходом до можливої класифікації права. Це так тому, що її складові очевидно перебувають у постійному русі як суб'єкти, що є не однорідними утвореннями, а сукупностями, які роздираються внутрішніми конфліктами і можуть розпастися. Справді, «у одній і тій самій системі можуть діяти норми традиційного права, якщо це сімейне право, і одночасно норми професійного права, якщо це комерційне право, і норми політичного права, якщо ми розглядаємо систему кримінального правосуддя» [37, с. 16].

У процесі обговорення питань, порушених у цій праці У. Маттеї, фінський вчений Я. Хуса (2004) представив наявні конфігурації у формі перехресних посилянь. Його класифікація на основі подвійного поділу [27, с. 11–38]:

	<i>посилення/усталеність</i>	<i>послаблення/неусталеність</i>
<i>західне право</i>	— цивільне право — загальне право	— соціалістичне
<i>незахідне право</i>	— ісламське — індуїстське	— африканське — азійське
<i>змішане право</i>	(Ізраїль, Квебек)	(Шотландія, Луїзіана)

засвідчила відцентровий характер усталеності та доцентровий характер неусталеності, а також одночасно підтвердила це посиленням на приналежність до західних чи незахідних моделей або впливів. У ній соціалізм розглядається лише як перехідний етап, продукт, іманентний Заходу, оскільки «соціалістичне право в культурному плані є європейською інновацією... європейського марксизму», незалежно від того, сприймають його як породження чи виродження [27, с. 30]. А стосовно східної традиції, то при цьому підході достатньо усталеними і гідними аналізу визнані лише мусульманське й індуїстське право. Корейське, китайське і/або японське конфуціанство показані як такі, що слабнуть і зникають з права, тому їх віднесли до однієї категорії з неусталеним правом Африки і без доктринального аналізу. Нарешті, у складі змішаної категорії достатньо реальною виглядає наявність шотландського права як такого, що, можливо, буде змінюватися (що пов'язане, звісно, з поверненням до його коріння — римського права), права Луїзіани (такого, що нібито слабне у протистоянні американізації) та Ізраїлю (як права з усталеною мультикультурністю).

3. Неможлива таксономія, або момент практичності у картографуванні права

Хоча у теоретичному правовому мисленні можна помітити поступове історичне накопичення філософсько-методологічних основ, правовому компаративізму потрібно на кожному кроці починати все спочатку, хоча більшість літератури з порівняльного права присвячена вирішенню питання про значення порівняння у сфері права загалом.

Виразна метафора про те, що класифікація права усе ще «перебуває у стані ботаніки і зоології до К. Ліннея і анатомії до Ж.Л. Кюв'є» [10, с. 21], підкреслює невизначеність вихідних питань картографування права. Природні об'єкти існують як результат тривалої і автономної еволюції, коли структури, що

лежать в її основі, створюють принцип логічного виокремлення, яке можна описати на основі якоїсь фізичної якості. На відміну від цього, правові системи є об'єктивами, що створюються в ході історичного розвитку. Вони проходять еволюцію в різних спільнотах, що належать до окремих цивілізацій, контекстуалізуються різними культурними середовищами, які практично не мають нічого спільного. Їх спільним знаменником (або *genus proximum*) може бути лише потреба і організована сила абстрагування людської концептуалізації до соціального ідеалу *ordo* (порядку). Або, з-поміж різних способів організації людей, що створюються за допомогою різних (релігійних, етичних, економічних і політичних) засобів, обирається те, що зазвичай люди називають «правом» або феноменом «втлення права», як *differentia specifica* — завдяки розумінню, що (а) право — це глобальний феномен, який охоплює все суспільство, коли (б) воно вирішує (врегулює) основні конфлікти інтересів у суспільстві (в) завдяки якості слугувати остаточною регулюючою і контролюючою силою в суспільстві [64, с. 204]. Відповідно, як гетерогенний набір, що не піддається жодній таксономії, воно є виключно практичною потребою людей, які можуть, в принципі, неприродно класифікувати його, щоб можна було охарактеризувати групи компонентів як певну одиницю. Отже, твердження, що формування груп «для якого-небудь компаративіста... може виконувати функцію..., подібну до... таксономій» [28, с. 18], або що до групування звертаються «перш за все з таксономічних причин» [73, с. 63], може в кращому разі бути фігуральним висловом. Ми підійдемо ближче до реальної відповіді, якщо просто проголосимо, що «класифікації потрібні для цілей спрощення» [39, с. 335], тобто, що сукупності будуть розподілені на менші спільності, щоб на практиці з їх гетерогенними компонентами було простіше працювати.

У літературі загалом визнається, що «неможливо створити однорідну систему класифікації, ідеальну в усіх відношеннях, яка передбачає чітке відокремлення “сімей” або груп» [35, с. 138]. Зрештою, це не через брак знань або академічної підготовки — навіть якщо їх не вистачало до К. Ліннея, Ж. Кюве або (щодо опису комплексу елементарних матеріальних компонентів) Д. Менделєєва. Тут йдеться про той жорстокий факт, що наш предмет можна бачити лише як частку випадкових нагромаджень, що виникли внаслідок випадкових процесів і з випадкових компонентів, які можуть, незважаючи на своє постійне формування, бути виражені концептуально як постійний блок, достатньо стабільний, щоб піддати його систематичному дослідженню, однак без потреби у самодостатній теорії.

Якщо йдеться про смислове означення історичної епохи, художній стиль, групу правових систем або впровадження будь-якого іншого принципу умовного впорядкування людиною, то це може бути лише середня категорія певного комплексного соціокультурного опису, яка більше підходить не для визначення, а для характеристики¹. Будь-яке таке смислове означення є питанням досягнення згоди вчених щодо класифікації об'єктів, плодом люд-

¹ Наприклад, Е. Кассіер [5, с. 140] розрізняє концепції культури і концепції природи, з посиланням на фундаментальну роботу першопрохідця у цій сфері, Г. Волффліна [68; 69], де сказано, що перші «характеризують, але... не визначають; тому що деталі, які вони пізнають, не можна вивести з них шляхом дедукції». Такий самий висновок можна зробити у логіці, відокремлюючи концепції порядку (які підходять виключно для потреб характеристики) від концепцій класу (які визначають включення у концептуальний простір) [25].

ської культури з метою забезпечення певного логічного порядку речей. Щодо таких означень є дилема, який тип вони представляють, — реальний чи ідеальний, але вони її не вирішують. Так само, вони не обов'язково відображають реальність. У розумінні епістемологічного відображення (або відповідності) вони не обов'язково є істинними або помилковими, у них можуть бути альтернативні варіанти. Натомість, вони відповідають потребам комплексної типологічної характеристики завдяки своїй класифікаційній функції. Усі такі описи є відкритими, тому що при формуванні груп об'єктів «ніколи не може існувати жодного остаточного доказу того, що саме є «важливим» або «суттєвим» [51, с. 57; цит. за: 73, с. 69]. Тому очевидним є той факт, що усі такі дії «загалом є частиною місцевих культурних і соціальних систем, виконуючи різні суспільні функції» [58], причому вони є не допоміжним показником або простим історичним співпадінням, а вираженням їх чистої практичності.

Незважаючи на те, що категорії типу «культурні і правові кола» з різними «стилями» можуть здаватися певною мірою рудиментарними [8, с. 161–178; 9, с. 154], усе це представляє собою рішучий крок в сторону від фальшивої об'єктивності нормативістського фетишизму¹ з метою отримати розуміння права зсередини, адже воно в своїй основі є культурним феноменом. Це елементарне припущення можливості визнання права як культури, культури мислення, впорядкування тощо, яке сприяє, зокрема, інтересу до порівняльного правового мислення [7, с. 331–447; 17, с. 87–166].

Загалом, для того, щоб говорити конкретно про групування минулих і сучасних правових систем, яке дає нам змогу узагальнювати їх характеристики, спершу ми повинні визначитися, про що взагалі йдеться. Тобто, ми маємо здійснити реконструкцію правових систем у межах типології, створеної саме для цієї потреби, а саме, як підпорядковані (квазі-) концептам класів у (квазі-) логічній формі. Ця форма залишатиметься порожньою, якщо відсутня якась мета-культура, що лежить в її основі, і тоді немає критерію чи системи, які б виконували функцію містка між різними культурами. У зв'язку з цим наслідком будь-якої спроби класифікації може бути тільки певна характеристика, що коливається в межах параметру більше або менше, в процесі якої ми зіставляємо незалежні одне від одного явища, провокуючи їх на відповідь на запитання, невластиві їх специфіці, — хоча, можливо, ці запитання і мають якийсь практичний сенс. Або ж, критика щодо неминучих недоліків кваліфікації є, в кінцевому аналізі, нічим іншим як самокритикою вихідних положень, генерованих західною утопією раціоналізму, яка готова зробити логічним усе в межах її погляду, заснованого на єдиному принципі. Зрештою така критика говорить нам менше про її об'єкт, ніж про нас: первісне домінування у нашій думці логічного раціоналізму і теоретичної епістемології, заснованої на схемах природничих наук.

Це лише один з випадків зачарування в науці. Справді, зрештою, ми усі живемо із закладеною в нас свідомістю, де все починається з нас («ми»-свідомість) [27, с. 17], і, використовуючи подвійний стандарт у класифікації, ми ставимо «західну правову культуру на верхній щабель якоїсь імпліцитної

¹ Це визнання на рівні інтуїції практично не сформульоване у компаративістиці. Навіть у своїй гострій критиці М. ван Хоеке і М. Варрінгтон [60, с. 502] обмежуються твердженням, що «сумнівно, чи може традиційне «право як норми» слугувати міцною основою для класифікації «правових сімей».

нормативної шкали» [18, с. 422]. Фактично, у такий самий спосіб ми позбавляємо себе «критичного потенціалу» [40, с. 821] для об'єктивної оцінки. Однак саму цю необ'єктивність не варто засуджувати. Ми картографуємо правові системи саме для того, щоб протиставити їх відомій нам, за конкретними характеристиками і напрямом, які відокремлюють їх від тієї системи, до якої ми звикли. Відверто кажучи, це не є ані критичною дистанцією, яку передбачає об'єктивність наукового опису, ані позицією стороннього спостерігача, з якою ми підходимо до тих систем, які ми вважаємо відмінними від власної. Навпаки, ми це робимо для того, щоб краще пізнати свою систему, інакше кажучи, для того, щоб порівняти її з іншими на основі своєї власної культури. Тому ми не займаємо нейтральної позиції і не проявляємо симпатії; навпаки, ми просто хочемо її пізнати для себе, на основі накопичених нами на даний момент знань. Відповідно, щоб пізнати також й іншу систему, нам потрібно намагатися діяти «проти природнього потягу до бездумного використання ідеалів власної системи як нормативної міри» [42, с. 623].

Враховуючи те, наскільки викликало увагу радянське/соціалістичне право в епоху холодної війни, а також активні спроби науковців того періоду розбити на групи існуючі правові утворення¹, ми можемо сьогодні вважати історичним випадком або умовністю політико-наукових міркувань те, що практично жодна з типологій не запропонувала визнати право більшовизму, фашизму і націонал-соціалізму в період між двома світовими війнами, незважаючи на їх вражаюче поширення у світі, агресивну і чітку самоідентифікацію як самостійних систем, що заперечують і перевершують римський ідеал права. Можливо, млявістю компаративістики у сфері класифікації та занепокоєністю експериментами більшовиків, фашистів і націонал-соціалістів у міжвоєнний період — або, загалом, занепокоєністю лише «реальною політикою» (*realpolitik*), — можна пояснити вибірковість, з якою у певні періоди одні явища проходили через фільтр концептуального узагальнення і ставали загальною категорією, а інші явища — ні. Тому в сфері суспільних питань причина того, чому певні явища концептуалізуються, необов'язково і невиключно полягає у них самих (*in se i per se*), але, принаймні частково, також у нашому бажанні піддати їх класифікації.

4. Різноманітність як основоположна якість існування людства

Крайнощі, такі як дихотомія, що відокремлює «нас» від «них» (які сприймаються як щось інше) можуть легко призводити до підпорядкування пануючому напрямку, який, до речі, часто змінюється. Саме загроза початку Третьої світової війни, можливо, сприяла тому, що різноманітність світу теж стали вважати потенційно небезпечною і навіть національна партикулярність у праві могла здаватися ірраціональною: «різноманітність права... є перешкодою для торгівлі й зв'язків, вона виникає внаслідок різних непорозумінь, не відповідає економічній і духовній взаємозалежності у сучасному світі» [47, с. 1]. Але нині, після того, як покінчено із заснованою на ліберальному мисленні догмою єдності й спільності людства, це легко призвело до погляду на відмінного від нас як на

¹ Пор. з описаним нами конкретним випадком Угорщини [63, с. 96–97]: Інституціалізація, що супроводжується релаксацією (з 1960-х рр.: компаративістика на міжнародній арені, легітимізація соціалістичного права типу *sui generis* і професіоналізація (з реабілітацією) права, яке сприймається як окрема наукова дисципліна в Угорщині).

ворога. Через це навіть спрощений висновок про зіткнення цивілізацій [26, с. 22–28] потенційно може призвести до сприйняття відмінностей на правовій карті світу як передумови певного «зіткнення правових сімей» [50, с. 7–11]. Справді, такі побоювання і відразу могли підтримуватися нормативним фетишизмом західного права, змушеного переживати за ареал свого поширення, маючи справу з множинністю не-західних правових систем.

Однак, якщо усвідомити наявність за відмінностями, що призводять до відчуження, сили культури в праві, а у особливостях права – відносно автономності пошуку шляхів встановлення (або повернення) порядку¹, то ми можемо наблизитись до розуміння того, чому необхідно розглядати цивілізаційне і культурне розмаїття світу як передумову існування людства, принципово важливу для його виживання.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Arminjon P., Nolde B., Wolff M.* Traité de droit comparé. – T. I. — Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.
2. *Bogdan M.* Comparative Law. — Stockholm : Kluwer, Norstedts Juridik, Tano, 1994.
3. *Bose V.* Legal Education as a Basis for the Rule of Law in Africa and Eastern Countries // Columbia University Law Alumni Bulletin. — 1962. — Vol. VII.
4. *Brague R.* Europe. La voie romaine. — Paris : Criterion, 1992.
5. *Cassirer E.* The Logic of the Humanities. — New Haven : Yale University Press, 1961.
6. *Chloros A. G.* Une interprétation de la nature et de la fonction de la philosophie juridique moderne // Archives de Philosophie du Droit. — T. III : Le rôle de la volonté dans le droit. — Paris : Sirey, 1958.
7. *Comparative Legal Cultures* / ed. by Cs. Varga. — Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney : Dartmouth; New York : The New York University Press, 1992.
8. *Constantinesco L. J.* Die Kulturkreise als Grundlage des Rechtskreise // Zeitschrift für Rechtsvergleichung. — 1981. — Vol. 22. — № 80.
9. *Constantinesco L. J.* Über den Stil der «Stiltheorie» in der Rechtsvergleichung // Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. — 1979. — Vol. 78.
10. *Constantinesco L.-J.* Traité de droit comparé. — T. 3: La science des droits comparés. — Paris : Economica, 1983.
11. *David R.* Existe-t-il un droit occidental? // XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema / ed. by K. H. Nadelmann, A. T. von Mehren, J. N. Hazard. — Leyden : Sythoff, 1961.
12. *David R.* Les grands systèmes de Droit contemporains. — Paris : Dalloz, 1964.
13. *David R.* Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative. — Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.
14. *de Sola Cañizares F.* Iniciación al derecho comparado. — Barcelona : Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Derecho Comparado, 1954.
15. *Eörsi G.* On the Problem of the Division of Legal Systems // Inchieste di diritto comparato / ed. by M. Rotondi. — Vol. 2. — Padova, New York : CEDAM, Oceana, 1973.
16. *Esmein A.* Le droit comparé et l'enseignement du droit comparé // Procès-verbaux des séances et documents [Congrès international du droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900]. — T. I. — Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905.
17. *European Legal Cultures* / ed. by V. Gessner, A. Hoeland, Cs. Varga. — Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney : Dartmouth, 1996.
18. *Frankenberg G.* Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law // Harvard International Law Journal. — 1985. — Vol. 26. — № 2.
19. *Fulbeck W.* Parallele or Conference of the Civill Law, the Canon Law, and the Common Law of this Realme of England. — Parts I–II. — London : printed by [Adam Islip for] Thomas Wight, 1601–1602.
20. *Glasson E.-D.* Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe, précédé d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne: Études de législation comparée. — Paris : Pedone-Lauriel, 1879.
21. *Varga C.* Comparative Legal Cultures? Renewal by Transforming into a Genuine Discipline // Acta Juridica Hungarica. — 2007. — Vol. 48. — № 2.

¹ Див., наприклад, нашу працю: [62].

22. Glenn H. P. Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law. — Oxford : Oxford University Press, 2000.
23. Goodhart A. L. English Contributions to the Philosophy of Law. — New York : Oxford University Press, 1949.
24. Gorla G. Intérêts et problèmes de la comparaison entre le droit continental et la Common Law // Revue internationale de Droit comparé. — 1963. — Vol. 15. — № 1.
25. Hempel C. G., Oppenheim P. Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik. — Leiden : Sijthoff, 1936.
26. Huntington S. P. The Clash of Civilizations // Foreign Affairs. — 1993. — Vol. 72. — № 3.
27. Husa J. Classification of Legal Families Today: Is It Time for a Memorial Hymn? // Revue internationale de Droit comparé. — 2004. — Vol. 56. — № 1.
28. Husa J. Legal Families in Comparative Law – are they of any Real Use? // Rettfærd [Copenhagen]. — 2001. — Vol. 24. — № 95.
29. Knapp V. Základy srovnávací právní vědy. — Praha : Aleko, 1991.
30. Kulcsár K. A jog nevelő szerepe a szocialista társadalomban. — Budapest : Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1961.
31. Lane v. Cotton // Modern Reports. — 1701. — No. 12.
32. Lawson F. H. A Common Lawyer Looks at the Civil Law. — Ann Arbor : University of Michigan Law School, 1953.
33. Lévy-Bruhl H. Sociologie du droit. — Paris : Presses Universitaires de France, 1961.
34. Lévy-Ullmann H. Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers // Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869–1919) [Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée]. — T. I. — Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1922.
35. Malmström A. The System of Legal Systems: Notes on a Problem of Classification in Comparative Law // Scandinavian Studies in Law. — 1969. — Vol. XIII.
36. Martínez Paz E. Introducción al estudio del derecho civil comparado. — Córdoba : Imprenta de la Universidad, 1934.
37. Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems // The American Journal of Comparative Law. — 1997. — Vol. 45. — № 1.
38. Northrop F. S. C. The Complexity of Legal and Ethical Experience. Studies in the Methods of Normative Subjects. — Boston : Little, Brown & Co., 1959.
39. Örücü E. Mixed and Mixing Systems: A Conceptual Search // Studies in Legal Systems. Mixed and Mixing // ed. by E. Örücü, E. Attwooll, S. Coyle. — The Hague : Kluwer Law International, 1996.
40. Peters A., Schwenke H. Comparative Law Beyond Post-modernism // International and Comparative Law Quarterly. — 2000. — Vol. 49. — № 4.
41. Rabel E. Schriften aus dem Nachlaß: Vorträge – Unprinted Lectures // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. — 1986. — Vol. 50. — № 1–2.
42. Reitz J. C. How to Do Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. — 1998. — Vol. 46. — № 4.
43. Rodière R. Introduction au droit comparé. — Strasbourg : Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, 1963.
44. Saint German C. Dialogus de fundamentis legum Anglie et de conscientia. — Londini : In ædibus R. Tottelli, 1528.
45. Sauser-Hall G. Fonction et méthode du droit comparé [Leçon inaugurale faite à l'Université de Neuchâtel le 23 octobre 1912]. — Genève : A. Kündig, 1913.
46. Schlesinger R. B. Comparative Law. Cases – Text – Materials. — 2nd ed. — London : Stevens, 1960.
47. Schnitzer A. F. De la diversité et de l'unification du droit. Aspects juridiques et sociologiques. — Bâle : Verlag für Recht und Gesellschaft, 1946.
48. Schnitzer A. F. Vergleichende Rechtslehre. — 2. erweit. & neubearb. Aufl. — B. I. — Basel : Verlag für Recht und Gesellschaft, 1961.
49. Schnitzer A. F. Vergleichende Rechtslehre. — Basel : Verlag für Recht und Gesellschaft, 1945.
50. Scholler H. Vorwort / Die Bedeutung der Lehre vom Rechtskreis und der Rechtskultur / hrsg. H. Scholler, S. Tellenbach. — Berlin : Duncker & Humblot, 2001.
51. Spiethoff A. Die Allgemeine Volkswirtschaftslehre als geschichtliche Theorie // Festgabe für Werner Sombart zur siebenzigsten Wiederkehr seines Geburtstages 19. Jänner 1933 / hrsg. A. Spiethoff. — München : Duncker & Humblot, 1933.
52. Spiethoff A. Die Allgemeine Volkswirtschaftslehre als geschichtliche Theorie // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche. — 1932. — Vol. 56.
53. St. Germain C. Doctor and Student / ed. by T. F. T. Plucknett, J. L. Barton. — London : Selden Society, 1974.
54. Szabó I. Az összehasonlító jogtudomány // Kritikai tanulmányok a modern polgári jogelméletéről / ed. by I. Szabó. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1963.

55. Szabó I. Ellentmondások a különböző társadalmi rendszerek joga között // Állam- és Jogtudomány. — 1963. — Vol. VI. — № 2.
56. Szabó I. La science comparative du droit // Annales Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae. Sectio juridica. — 1964. — T. 5.
57. Szabó I. Les contradictions entre le droit des différents systèmes sociaux // Dialectica Revue internationale de philosophie de la Connaissance. — T. 14. — [Neuchâtel], 1964.
58. Taxonomy [Електронний ресурс] // Сайт «Вікіпедія» — Режим доступу : <http://en.wikipedia.org/wiki/Taxonomy>
59. Twining W. Globalization and Comparative Law // Maastricht Journal of European and Comparative Law. — 1999. — Vol. 6. — № 3.
60. van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Dogmatics: Towards a New Model for Comparative Law // International and Comparative Law Quarterly. — 1998. — Vol. 47. — № 3.
61. Varga Cs. A szocializmus marxizmusának jogelmélete // Világosság. — 2004. — Vol. XLV. — No. 4.
62. Varga Cs. Jogfilozófia az ezredfordulón Minták, kényszerek – múltban, jelenben. — Budapest : Szent István Társulat, 2004.
63. Varga Cs. Taxonomy of Law and Legal Mapping: Patterns and Limits of the Classification of Legal Systems // Acta Juridica Hungarica. — 2010. — Vol. 51. — № 4.
64. Varga Cs. The Paradigms of Legal Thinking. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1999.
65. Varga Cs. Theatrum Legale Mundi. On Legal Systems Classified // The Romanian Journal of Comparative Law. — 2010. — Vol. 1. — № 1.
66. Wigmore J. H. A Panorama of the World's Legal Systems. — Vol. I–III. — [Chicago] Saint Paul : West Publishing Co., 1928.
67. Fulbecke William [Електронний ресурс] // Сайт «Вікіпедія». — Режим доступу : http://en.wikipedia.org/wiki/William_Fulbecke
68. Wölfflin H. Kunstgeschichtliche Grundbegriffe. Das Problem der Stilenentwicklung in der neueren Kunst. — München : Hugo Bruckmann Verlag, 1915.
69. Wölfflin H. Principles of Art History. The Problem of the Development of Style in Later Art / trans. E. D. Hottinger. — New York : Dover Publications, 1950.
70. Zajtay I. Reflections on the Problem of Grouping the Families of Law / Zajtay I. Beiträge zur Rechtsvergleichung Ausgewählte Schriften / hrsg. K. F. Kreuzer. — Tübingen : Mohr, 1976.
71. Zweigert K. Zur Lehre von den Rechtskreisen // XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema / ed. by K. H. Nadelmann, A. T. von Mehren, J. N. Hazard. — Leyden : Sythoff, 1961.
72. Zweigert K., Kötz H. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. — Band I: Grundlagen. — Tübingen : Mohr, 1971.
73. Zweigert K., Kötz H. Introduction to Comparative Law / trans. Tony Weir. — Vol. 1. — Oxford : Clarendon Press, 1987.
74. Varga Cs. Theatrum Legale Mundi: On Legal Systems Classified // Європейське право та порівняльне правознавство : зб. статей / за ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Гриценка, О. В. Кресіна ; упоряд. О. В. Кресін, О. Д. Рожко. — К. ; Шамборі : Логос, 2010.

Варга Ч. Theatrum Legale Mundi. Про класифікацію правових систем

Анотація. Ранні спроби XVII ст. передували картографуванню права, характерному для XX ст. Протягом попереднього десятиліття усвідомлення недостатності оперття на дихотомію розрізнення між (західним) «Ми» і усіма відмінними (східними) «Іншими» призвела до виникнення нових, динамічних і сутнісних критеріїв типології. Теоретично у праві неможливо скласти реальну таксономію з формулюванням справжніх класів-понять. У кращому випадку через концепції порядку можна досягти характеристики. За відсутності мета-системи культури, які формуються назалежно одна від одної, не здатні надати спільну основу для розподілу правових режимів у цілях класифікації. Або ж, результатом групування може бути практичний поділ на великі/малі сукупності, адже залежно від кута зору, під яким ми розглядаємо явища, ми вважаємо їх схожими або різними, виходячи з нашої культури.

Ключові слова: таксономія, правові сім'ї, романо-германське право, англо-американське право, західне право, радянське право, характеристика, порівняльне юридичне мислення.

Варга Ч. Theatrum Legale Mundi. О классификации правовых систем

Аннотация. Ранние попытки XVII ст. предшествовали картографированию права, характерному для XX ст. В течение предыдущего десятилетия осознание недостаточности опоры на дихотомію различения между (западным) «Мы» и всеми отличными (восточными) «Другими» привела к возникновению новых, динамичных и сущностных

критеріїв типології. Теоретически в праві неможливо скласти реальну таксономію з формулюванням настоящих класов-понятій. В кращому випадку через концепції порядку можна досягти характеристики. При відсутності мета-системи культури, які формуються незалежно одна від одної, не можуть скласти загальну основу для розподілу правових режимів в цілях класифікації. Або ж, результатом групування може бути практичне розділення на більші/менші сукупності, оскільки залежно від кута зору, під яким ми розглядаємо явища, ми вважаємо їх схожими або різними, при цьому виходячи з нашої культури.

Ключевые слова: таксономія, правові сім'ї, романо-германське право, англо-американське право, західне право, радянське право, характеристика, порівняльне юридичне мислення.

Varga Cs. *Theatrum Legale Mundi. On Legal Systems Classified*

Summary. Early attempts from the 17th century anticipate the 20th-century patterns of legal mapping. In the last decade, the insufficiency of resorting to the dichotomy contrasting our (Western) «Us» to any differing (Eastern) «Others» has resulted in new, dynamic and substantive criteria in typologising. Theoretically, there is no way in law to accomplish a real taxonomy with the formulation of genuine class-concepts. Only characterisation through concepts of order can be achieved at the most. For in want of any meta-system, cultures forming independently from one another cannot provide a common basis of division for classification of legal regimes. Or, what our grouping may aim at is practically division to major/minor sets/subsets alongside the manner by which we approach arrangements we think to be either similar or different on the basis of our culture.

Key words: taxonomy, family resemblances, legal families, civil/common law, Western/Soviet law, characterisation/definition, comparative judicial mind.

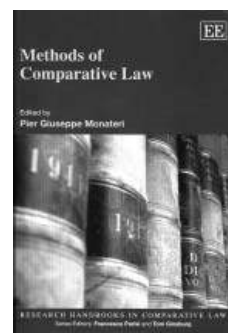
Книжкова полиця

Methods of Comparative Law / ed. by P. G. Monateri. — Cheltenham ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2012. — 325 p. — («Research Handbooks in Comparative Law» Series).

ISBN 978-1-84980-252-9

Книгу присвячено теоретичним і практичним питанням порівняльного права. Інноваційний інтерпретаційний підхід поєднується з пошуковістю і вдумливістю, якісною критикою. Книга представляє глибоке сприйняття класичних теорій та пропонує нові напрями переорієнтації досліджень правових трансплантатів та транснаціональних кодифікацій.

«Методи порівняльного права» є прикладом нового осмислення таких проблем: взаємозв'язок простору і права; ідеї, які структурують правові наративи, ідентичності та судові інтерпретації; стратегічні підходи до прийняття рішень у правовій сфері; потенціал підходу «порівняльне право та економіка». Разом автори переглядають наукове розуміння порівняльних методологій у сфері права з метою запропонувати як критичний погляд на традиційну компаративістську літературу, так і оригінальний огляд найсучасніших і перспективних тенденцій.



ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ? У ПОШУКАХ ПРАВОВИХ СІМЕЙ І КУЛЬТУР

- ‘Jogi hagyományok? Jogcsaládok és jogi kultúrák nyomában’ in Varga Csaba *Jogfilozófia az ezredfordulón* Minták, kényszerek – múltban, jelenben (Budapest: Szent István Társulat 2004), 47–66 [Jogfilozófiák] & *Jogtudományi Közlöny* LX (2005) 2, 51–59 // ‘Jogi hagyományok? Elterő kultúrák és gondolkodásmódok nyomában’ in *Államelmélet – politikai filozófia – jogbölcselet* (Országos tudományos konferencia, Győr, 2004. szeptember 3–4.) szerk. Szigeti Péter (Győr: Universitas-Kht. 2005) = *Leviatán* (különszám), 177–194
- ‘Legal Traditions? In Search for Families and Cultures of Law’ in *Legal Theory Legal Positivism and Conceptual Analysis: Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005*, I, ed. José Juan Moreso (Stuttgart: Steiner 2007), 181–193 [ARSP Beiheft 106] {& <<http://philpapers.org/rec/VARLTI>>} & *Acta Juridica Hungarica* 46 (2005) 3–4 & in <http://real-j.mtak.hu/760/1/ACTAJURIDICA_46.pdf>, 177–197 & <<http://www.akademiai.com/content/f4q29175h0174r11/fulltext.pdf>>
- ‘Правовые традиции? В поиске правовых семей и культур’ in *Порівняльне правознавство Сучасний стан і перспективи розвитку: Збірник наукових праць [Збірник статей]* ред. Ю.С. Шемшученко, И.С. Гриценко & М.Б. Бучко, упор. О.В. Кресін (Київ: Логос 2010) [обсуждение 488–489]
- (Київ & Львів 2012) 24 [Серія науково-методичних видань «Академія порняльного правознавства», Випуск 24: Відкриті лекції міжнародного наукового симпозиуму «Компаративістські читання»] & <<http://b-ok.xyz/book/3552866/21b758>> & <<https://libgen.pw/item/detail/id/2062595?id=2062595>> & <<https://ppke.academia.edu/CVARGA/Papers>> & <https://www.researchgate.net/publication/267926209_PI_I_I_I_Legal_traditions_In_search_for_families_and_cultures_of_law>**

Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
Київський національний університет імені Тараса Шевченка
Львівський державний університет внутрішніх справ
Українська асоціація порівняльного правознавства
Міжнародний науковий журнал «Порівняльно-правові дослідження»

Серія науково-методичних видань
«Академія порівняльного правознавства»

ВИПУСК 24

Відкриті лекції III міжнародного наукового симпозиуму
«Компаративістські читання»

ЧАБА ВАРГА

ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ?

У пошуках правових сімей і культур

Київ-Львів — 2012

Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
Київський національний університет імені Тараса Шевченка
Львівський державний університет внутрішніх справ
Українська асоціація порівняльного правознавства
Міжнародний науковий журнал «Порівняльно-правові дослідження»

Серія науково-методичних видань
«Академія порівняльного правознавства»

ВИПУСК 24

Відкриті лекції III міжнародного наукового симпозиуму
«Компаративістські читання»

ЧАБА ВАРГА

ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ?

У пошуках правових сімей і культур

Київ-Львів — 2012

УДК 34.05
ББК Х99

*Рекомендовано до друку
Вченою радою Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України*

Рецензенти:

Ю. С. Шемшученко — доктор юридичних наук, професор,
академік НАН України, іноземний член РАН,
член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права
директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
В. Н. Денисов — доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент академії правових наук України,
завідувач відділу міжнародного права і порівняльного правознавства
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Науковий редактор серії

О. В. Кресін — кандидат юридичних наук, доцент,
член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права,
керівник Центру порівняльного правознавства
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Варга Ч. Правові традиції? У пошуках правових сімей і культур: Відкрита лекція / Переклад О.В. Ткаченка; за наук. ред. О. В. Кресіна. — Київ-Львів: ЗУКЦ, 2012. — Серія науково-методичних видань «Академія порівняльного правознавства». — Випуск 24. — 24 с.

ISBN 978-617-655-035-8

Метою серії «Академія порівняльного правознавства» є інтенсифікація наукової дискусії з найбільш складних і актуальних питань порівняльного правознавства, сприяння вдосконаленню викладання порівняльно-правових дисциплін у вищих юридичних навчальних закладах.

Чаба Варга — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, науковий радник Інституту юридичних досліджень Угорської академії наук, голова Угорського комітету Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії. Автор 27 книг угорською, англійською, німецькою, російською мовами, в тому числі «Кодифікація як соціо-історичний феномен» (1979), «Природа юридичного процесу» (1992), «Нариси філософії права» (1994), «Правові теорії та правові культури» (1994), «Перехід до верховенства права» (1998), «Лекції з парадигм правового мислення» (1998), «Теорія права як суспільна наука» (1999), «Право як процес» (1999), «Філософія права на межі тисячоліть» (2004), «Правові системи і правові менталітети у перспективі європейської уніфікації» (2009), «Порівняльні правові культури» (2011) та ін.

Відкрита лекція Ч. Варги була представлена на III міжнародній науковій конференції «Компаративістські читання» у м. Львів 29–30 квітня 2011 р.

ББК Х99

ISBN 978-617-655-035-8

© Варга Ч., 2012

ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ?

У пошуках правових сімей і культур¹

План лекції:

1. Порівняльне право і порівняльне дослідження правових традицій
2. «Система», «сім'я», «культура» і «традиція» в класифікації права
3. Різні традиції — різні способи мислення
4. Різні очікування — різні інституціоналізації права
5. Різні «раціональності» — різні «логіки»
6. Менталітет в основі права
7. Визначення предмету теоретичних досліджень права

Епоха геніально простої концепції всесвіту, запропонована класичною фізикою, схоже, вже впродовж тривалого часу йде до свого кінця. Наша реальність, починаючи з Ньютона і майже дотепер, зображувалася як така, що складається з часток, пов'язаних між собою нескінченними взаємозв'язками причинності чи квазі-причинності. Хоча такий погляд тимчасово похитнула термодинаміка століття тому, вона, в підсумку, виявилась лише різновидом повторення — оскільки цього разу руйнувались самі елементарні частинки, він відновився тільки-но матеріальні сукупності були організовані на молекулярному і атомарному рівнях. Отже, доки ми можемо вірити в

¹ Перша редакція даної праці була представлена на семінарі з національної правової теорії (Дьйор, листопад 2004 р.), XXII Світовому конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії (Гранада, травень 2005 р.), XVII конгресі Міжнародної академії порівняльного права (Утрехт, липень 2006), а згодом була опублікована як: 'Legal Traditions? In Search for Families and Cultures of Law' // *Acta Juridica Hungarica*. — 2005. — Vol. 46. — No. 3–4. — P. 177–197 (доступно також як електронний ресурс: <http://www.akademiai.com/content/f4q29175h0174r11/fulltext.pdf>). Також вона опублікована в наступному виданні: *Legal Theory / Teoría del derecho. Legal Positivism and Conceptual Analysis / Positivism jurídico y análisis conceptual: Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada 2005* / Ed. by José Juan Moreso. — Vol. I. [ARSP Beiheft 106] — Stuttgart: Steiner, 2007. — P. 181–193; в якості національної доповіді, представленої на світовому конгресі Міжнародної академії порівняльного права ця стаття доступна у мережі Інтернет: <http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/IA/IA%20-%20Hungary.pdf>

матеріальні об'єкти та їх взаємозв'язки згідно з натуралістичним підходом до людини як до простої речі, нам також легко в сфері права. Ми можемо сприймати норми та механізм, спрямований на їх виконання, який у нашому розумінні може бути включений до всеохоплюючої причинності як самостійної рушійної сили.

Нині наші переконання, які вважались самі собою зрозумілими і захищеними, вщент розбиті. Відповідно, право вже більше не є таким, яким ми звикли його бачити. Його уявна однозначність зникла і почала вислизати з рук, наче пісок. Не є простою випадковістю, що актуальні теми професійного інтересу і дослідження типу «право і ...», які почали з'являтися декілька десятиліть тому (спершу вони сполучалися з такими очевидними супутниками як суспільство та економіка, потім — з логікою, згодом зв'язки стають більш складними при сполученні з мовою, і врешті доходять до культури, моделей мислення і комунікації), дійшли до того, що нині інтерес і дослідження іноді здаються такими, що мають цілковито протилежне спрямування. Ми більше не вивчаємо середовище, в якому існує право, з тим, щоб більш повно його дослідити (через його численні контексти). Замість цього ми фокусуємо нашу увагу власне на контекстах, тобто, на «і ...» елементах, сподіваючись, що ми здобудемо більш глибокі знання про право, якщо будемо починати з них. Саме таким чином жива культура (так само як і відповідний ідеал порядку, що її обґрунтовує) входить у межі основної сфери нашого бачення в якості фактору, що уможливорює право (замість матеріалізованого бачення лише норм); і сама думка про жорстко формалізоване, концептуальне правозастосування, що зводиться до простого механічного логіцизму, поступово замінюється ідеєю людського розв'язання проблем, розважливого і відповідального, а отже, зрештою, націленого на оптимальне і впорядковане врівноваження більшості суперечливих інтересів і цінностей шляхом спрямування всього процесу певною стежиною.

Все це не залишає шансів порівнянню бути байдужим і незворушним. У дійсності воно може навіть посилити свій історичний вимір, оскільки явно застарілі, чи такі що стали езотеричними і забутими, форми мислення можуть у результаті їх нового поширення сприяти різноманітним спробам пошуку виходу з положення, що склалося.

1. Порівняльне право і порівняльне дослідження правових традицій

Долаючи обмеження, які правовий позитивізм сам на себе наклав, внутрішній самоопис права замінюється описом у межах зовнішньої

(соціо-історичної, соціологічної чи культурно-антропологічної) структури. Зустрічаючись сьогодні, на зламі тисячоліть, з періодичною роботою з переписування підручників, натхнених класичним зразком «Основних правових систем сучасності» Рене Давида, ми опиняємося перед подвійним вибором: або прийняти ослаблений позитивізм Давида, оглядаючи різні правові сім'ї, або взяти за вихідний пункт ширшу соціо-історичну конструкцію. Відповідно до поширеної тенденції вибір другого варіанту знову ж ставить перед вибором двох шляхів: або обґрунтовувати свій підхід, спираючись на **культуру** як на природний деномінатор права, або, розкриваючи коріння різних (правових) культур, починати дослідження через власне (правові) **традиції**.

Узагальнюючи цінні здобутки декількох десятиліть, присвячених новому глобальному синтезу порівняльних досліджень, Патрік Гленн, викладаючи порівняльне романо-германське і загальне право в Університеті МакГілла в Монреалі, взяв на себе завдання розгляду і філософського осмислення різних традицій, які збереглися і продовжують існувати в нашому різноманітному правовому світі¹. Насправді він склав карту правових цивілізацій, які можна типізувати, що існують нині в певній взаємодії одна з іншою. Після завершення загалом всеохоплюючого аналізу його проголошеною метою було осмислення сили традицій, що лежать в основі правових конструкцій як складових інтелектуальної скарбниці й соціального досвіду людства, їх здатності до змін, оновлення і об'єднання з іншими традиціями, з одного боку, й стійкості їх відмінностей і синергії традицій, сформованих різними видами логіки в їх розвитку і функціонуванні, з іншого.

Цій праці було присуджено приз Міжнародної академії порівняльного права у 1998 р., вона полонить багатством ідей, незчисленними повчальними дискурсами і концептуальними розробками, що стосуються також окремих питань (не лише обробки великої кількості літератури та фактологічної інформації щодо права, розвитку ідей, різноманіття культур тощо, але також і їх аналітичної обробки), а також пропонує надзвичайно захоплююче читання. Читач може знайти найбільш інтегративну презентацію видів права і правового мислення в оглядах хтонічної, талмудичної, романо-германської, мусульманської традицій, традиції загального права, індуїстської й азійської. Все це здійснене у відповідний предмету спосіб, але читається як есе і справляє глибоке враження, сповнене чарівною філософією, так що

¹ Див.: Glenn H. P. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. — Oxford, New York: Oxford University Press, 2000. — XXIV + 371 p.

читач насолоджується зустріччю з найкращими рисами англійського стилю історико-правового письма, що демонструє не лише нередукований культурно-історичний контекст, але також й колективний вплив інтелектуальних і моральних традицій на доктринальні й практичні, наповнений вірою і орієнтований на цінність вирішення проблем.

У той самий час можуть виникати підозри, що насамперед за допомогою есеїстичності авторського викладу і незвичного способу відкриття, що заохочує нові перспективи, старий позитивістський опис правових сімей поширюється на дослідження правових традицій. Висновки автора об'єднано в одному уніфікованому погляді. Починаючи з аналізу традиції як такої, взятої як вихідне джерело натхнення і межі уяви, книга знайомить з традиціями, що лежать в основі різноманітних правових установлень, шляхом тематичного розгляду конкретних ситуацій (*case studies*) (які за змістом фактично є окремими дослідженнями), задля того, щоб дійти до ґрунтовних міркувань про співмірність відмінностей і стійкість різноманіття. Дослідження в цілому є новаційним, однак воно не може переконати нас, що автор дійсно перевершив культуралістсько обґрунтований історико-порівняльний ідеал, творячи поза стилем позитивістського опису, пов'язаного з працею Рене Давида. Вступна та заключна глави визначають силу традицій за допомогою переконливих роздумів. Однак, спроба автора окреслити панораму, яка б представляла все різноманіття правових установлень у нашому сучасному світі як похідну від визначених правових традицій, не розкриває характеристики традицій, які б не могли бути простежені за допомогою того, що ми звичайно називаємо правовими сім'ями. В підсумку, його *captatio benevolentiae* зацікавлене у виявленні правових культур як традицій, а категоризація різноманіття правових установлень в якості різних традицій хоча й може бути багатообіцяючою з огляду на дійсно дивовижні нововведення, на питання про те, як і в якому відношенні, чому і з якими результатами запроваджуються нові концепти, не містить. Точніше, праця без пояснень обмежується нарисом мапи поступового урізноманітнення правового розвитку, зберігає мовчання навіть щодо критики (більш імпліцитної, аніж очевидної) категорії «правова сім'я». Більше того, питання про те, є чи ні правова традиція синонімом правової культури, і як вони пов'язані, залишаються без відповіді.

2. «Система», «сім'я», «культура» і «традиція» в класифікації права

Врешті-решт, до яких концептуалізацій ми звертаємось, коли говоримо про правові системи світу загалом і їх різноманітні групи зокрема¹?

Відмежування «системи права» і «правової системи» поширилося (передусім в англomовній літературі) після рішучого розмежування позитивістського і соціологічного підходів. «Система права» видається скоріше співвідносною з нормативним матеріалом, сприйнятим в його взаємних кореляціях (в основному як текстуальна сукупність, чи принаймні, як те, що виводиться з текстуальності, позитивації, регулювання і офіційних очікувань), в той час як «правова система» зосереджується на функціонуванні цілого (насправді оцінюваного як звичайний примус). Варто зазначити, що загалом це не передбачає іншого теоретичного змісту окрім концептуального дуалізму «права в книгах» і «права в дії», колись запропонованого американською прагматичною юридичною соціологією². Завдяки поняттю системи, як «система права», так і «правова система» обидві відрізняються від «права» [*«droit»* чи *«Recht»*, але не *«a law»* чи *«the law»*] в тому, що вони акцентують увагу на праві як цілому в одній організованій єдності. Іншими словами, ці категорії звичайно не використовуються для опису фрагментів чи окремих проявів права. Однак, категоріальне відмежування між цими присвоювальними і атрибутивними виразами не одержало широкого поширення за межами професійного вживання англійської мови. В угорській мові *«jogi rendszer»* (усталений вираз для «правової системи») звучить доволі штучно і тому вживається рідше аніж *«jogrendszer»* («система права») і *«jog»* («право»), які сприймаються майже як синоніми). Це може бути причиною того, чому *«les grands systèmes de droit»* («великі системи права») та *«the major legal systems»* («великі правові системи») могли з'явитися в найбільш поширеному загальному значенні, без вказівки у підручниках

¹ Це вказує на загальну невизначеність методологічних основ, оскільки класифікуюча характеристика явища є стовпом, який може обґрунтовуватися як нове здійснення, як, наприклад, в *Husa J. Legal Families and Research in Comparative Law // Global Jurist Advances*. — 2001. — Vol. I. — No. 3. — Article 4. — 12 p. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss3/art4/> на с. 4, якщо ми сприймаємо це як те, що розгортається з даної реальності й сприймається в різноманітних формах суспільних конструкцій, послідовно концептуалізованих як взаємно пов'язані складові того ж цілого, що впливають з тисячолітнього співіснування і взаємного впливу лише історичних випадковостей — це виявляється не більшим за пропозицію прийняти веберіанський ідеальний тип.

² *Pound R. Law in Books and Law in Action // American Law Review*. — 1910. — Vol. 44. — No. 1. — P. 12-36.

на конкретну мотивацію вибору одного чи іншого виразу в якості правильного найменування.

Поняття «**правова сім'я**» [«*Rechtskreis*»] випадково інтегрувалося до нашої наукової мови¹, позначаючи різновид подібності й пов'язаності (хоча і не визначених у деталях), які в основному (хоча і не виключно) засновані на спільності походження. Не є випадковим, що «правова сім'я» є нейтральним описовим поняттям, що не має на увазі особливу динаміку чи діяльність щодо його предмету. Воно виникло як ключове слово порівняльно-правового руху, який шукав проміжну класифікаційну категорію між окремими (внутрішньодержавними) установленнями та їх загальною сукупністю для складення картини світових правопорядків (що існували колись чи збереглися досі). Таким чином, сама по собі ця категорія навряд чи пропонує щось більше, аніж поняття «сімейна подібність» дає для лінгво-філософського аналізу²: певні подібності є фактично спільними для різних явищ, взаємопов'язаних в той чи інший спосіб. Відповідно, «правова сім'я» є категорією права до тієї міри, до якої надається значення конкретним відмінним рисам (*differentia specifica*), придатним для класифікації (*classificatio*) різних правопорядків³.

На противагу цьому, поняття «**правових культур**» («*cultures juridiques*», «*Rechtskulturen*») наголошує на дієвому і творчому внеску, який через суспільну діяльність укорінений в домінуючій суспільній культурі — аби висловити те, як люди сприймають феномен права, який розуміється як свого роду об'єктивована потенціальність; як і у що вони формують його через свою взаємодію; як і в який спосіб вони концептуалізують його, і в якому дусі, межах і з якою метою вони роблять його предметом теоретичного представлення і розробки. Спочатку інтерес до соціології уможливив таке зацікавлення у межах юридичного мислення. В якості першого кроку соціологічна юриспруденція описала весь процес через «право в дії» як відмінне від «права в книгах»⁴, потім правовий аналіз виявив «зачарованість» і

¹ Наприклад, *Kötz H. Abschied von der Rechtskreislehre? // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. — 1988. — Vol. 6. — P. 493–505.*

² Див., наприклад: *Bambrough R. Universals and Family Resemblances // Proceedings of the Aristotelian Society. New Series. — Vol. LXI. — London: Harrison, 1961. — P. 207–222.*

³ Більш докладно див. таку працю автора цієї статті: *Theatrum legale mundi avagy a jogrendszer osztályozása // Ius unum, lex multiplex. Liber Amicorum: Studia Z. Péteri dedicata (Studies in Comparative Law, Theory of State and Legal Philosophy) / Ed. by I.H. Szilágyi, M. Paksy. — Budapest: Szent István Társulat, 2005. — P. 219–244 (Jogfilozófiák / Philosophiae Iuris // Bibliotheca Iuridica: Libri amicorum 13).*

⁴ Визначення Марка ван Хойке і Мартіна Варрінгтона. Див.: *Van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model for Comparative Law // The International and Comparative Law Quarterly. — 1998. — Vol. 47. — No. 3. — P. 498. Take*

«перетворення» між такими крайніми полюсами, як характеристика права як чинника і засобу здійснення впливу з точки зору його операційного механізму, з одного боку, та розуміння його особливого складу і способу функціонування, образно висловлюючись, його «мислення» і «логіки»¹. Відповідно, у виключно описовому смислі, обмеженому ціннісно-нейтральною фактологічністю соціології, воно може містити будь-яку загальну чи особливу (наприклад, професійну) ідеологію і концептуальну культуру (припущення, чутливість і відмінність), а також детермінованість, навички і професійну соціалізацію в межах свого «світогляду». Таким чином, віддане простому опису основоположних умов, концептуально поняття позбавлене будь-якої еволюційної чи дериваційної перспективи, виключає порівняння і оцінювання, навіть у випадку максимально можливого занепаду чи виродження. На відміну від такого **соціологічного** розуміння, **культурно-антропологічне** виходить з ідеї певного спільного соціального походження; і поступово (історично і професійно, тобто в диференціюючому розумінні Луманна) звужуючи його — сприймаючи правову культуру як загальний спосіб мислення, домінуючий світогляд, мотивацію і цілеспрямованість, а також навички, — вона входить до наявної професійної культури. В той самий час, таке сприйняття передбачає певну динаміку та механізм впливу на взаємні відносини у зворотних напрямках. З одного боку, так само як частина завжди залишається складовою більшого цілого, правова культура також неминуче вбудована в загальну суспільну культуру, формуючись у взаємодії з нею. З іншого боку, частини і ціле, яке їх об'єднує, є елементами комплексного всезагального руху з різними потенційними можливостями виникнення нових утворень і поєднань, і як такі можуть оцінюватися в світлі їхніх оригінальних визначальних властивостей, що демонструють за певних обставин виродження і занепад. Існує спільна для всіх них риса, а саме, те, що «правова культура» відсилає не стільки до права, скільки до соціальної інтелектуальності, що лежить в основі (від неї це очікують) права, в її дусі правовий феномен виникає і реалізується як в теорії, так і на практиці. Іншими словами, «культура» будує міст між дисантропоморфічними об'єк-

визначення є недостатнім, оскільки характеристика права як культури шляхом простого посилання на суспільну практику правової спільноти є просто переспівом концептуалізації Роско Паунда.

¹ Одне з перших формулювань «когнітивної структури» див у: *Legrand P. European Systems are not Converging // The International and Comparative Law Quarterly. — 1996. — Vol. 45. — No. 1. — P. 52–81, особливо на с. 60, а також у наступних працях цього вченого, де все більше і більше вона визначається як цілісність існуючого «менталітету».*

тиваціями людини й ідеологією її дедалі більшої соціалізації, супроводжуючи перші назад, до сфери виключно людського¹.

«Правова традиція» в якості поняття може тлумачитися виключно в межах правової культури². Традиція є усвідомленням успадкованого модусу культури, що виконує роль джерела натхнення для ідентифікації з спільнотою, вона вимагає тяглості як заохочувальної чи пояснювальної сили. Таким чином, «правова традиція» сама є концептом відношення, проблемою є конкретне відношення. Для традиції ним не може бути ані частина, ані аспект минулого. Більше того, вона сама не прагне зовнішньої чи внутрішньої точності, не шукає підтверджень, не показує шляхів. Вона є лише зустріччю двох сторін, вибором сегменту минулого чи оцінкою приписаних йому явищ задля того, щоб сучасність, розглянута з перспективи майбутнього, могла бути пов'язана з минулим як його гідне продовження, з огляду на успадковані цінності. До речі, як факт, який може бути тільки «встановлено»³, традицію може бути лише стверджено, забезпечуючи те, що нам потрібно, і в тому числі усвідомлення її значного впливу і ціннісної тяглості. Відповідно, є небагато користі в ствердженні того, що, наприклад, «хтонічні суспільства не функціонували у поняттях культури. Вони функціонували в поняттях традиції»⁴. Дійсно, на додаток до логічної включеності, два полюси презентують сумісність у взаємності, яка просто виключає будь-яку роз'єднаність. Або, кажучи більш витончено, все, що ми можемо стверджувати, це те, що в певних суспільствах дійсно наявна (чи колись була) культура пле-

¹ Про його суперечливе розуміння див. праці автора цієї статті: [Коментар до поняття правової культури] // *Changing Legal Cultures* / Ed. by J. Feest, E. Blankenburg. — Oñati: International Institute for the Sociology of Law, 1997. — P. 207–217 (Oñati Pre-publications–2), те ж саме: *Comparative Legal Cultures: Attempts at Conceptualization* // *Acta Juridica Hungarica*. — 1997. — Vol. 38. No. 1–2. — P. 53–63; *Összehasonlító jogi kultúrák?* [Порівняльно-правові культури?] // *Jogtudományi Közlöny*. — 2001. — Vol. LVI. — No. 10. — P. 409–416. Обидві праці відображають дисциплінарний вибір, представлений різними підходами двох книг: *Comparative Legal Cultures* / Ed. by Cs. Varga. — Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth; New York: The New York University Press 1992. — XXIV + 614 pp. (The International Library of Essays in Law & Legal Theory: Legal Cultures 1) та *European Legal Cultures* / Ed. by V. Gessner, A. Hoeland, Cs. Varga. — Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1996. — XVIII + 567 pp. (Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures I).

² На концептуальному рівні це вже було зображено Джоном Генрі Мерріменом: Merriam J.H. *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. — Stanford: Stanford University Press, 1969. — IX + 172 p. На с. 2 він стверджує, що «правова традиція пов'язує правову систему з культурою, частковим виразом якої вона є. Це вводить правову систему в межі культурної перспективи».

³ Див. нашу працю: *Theory of the Judicial Process. The Establishment of Facts*. — Budapest: Akadémiai Kiadó, 1995. — VII + 249 pp.

⁴ *Glenn H. P. Legal Traditions...* — P. 66.

кання традиції, в той час як в інших — можливо — практикується чи практикувалося щось інше.

Відповідно, самий лише факт того, що компаративіст здійснює ґрунтовне дослідження, в «Правових традиціях світу» навряд чи означає щось більше чи інше аніж коректно визначену типову рису права, особливу вірність минулим зразкам (шляхом радикальної матеріалізації і створення цілковито штучних артефактних формалізмів й автоматизмів, час від часу гарантованих механізмами прямого відчуження). Та обставина, що через введення поняття культури в такий спосіб ми «не можемо виявити будь-які конкретні чинники, які могли б розглядатися як такі, що утворюють відмінність»¹, може означати лише, що поняття культури й традиції показують право в контексті й перспективі свідомої соціальної поведінки людей.

У таких загальних рисах культура розгляду традицій є безперервним творчим процесом, у ході якого, виходячи з людських потреб, їх обирають із запасу (мертвого самого по собі) уроків минулого і надають їм нормативної сили для всього суспільства². І це говорить нам про витoki мислення, а не про його можливі наслідки, так само як в принципі це також охоплює чинники змін у тягlostі³. Іншими словами, традиція є не пасивним середовищем, але соціальною конструкцією людини (постійно створюється як її друга природа), в якій вона контекстуалізує власну безперервну творчу присутність на території своєї самоідентифікації в межах кордонів її власної самодисципліни, перебуваючи під подвійним тиском тягlostі й змін⁴. Саме з цієї при-

¹ *Cotterrell R. The Concept of Legal Culture // Comparing Legal Cultures / Ed. by D. Nelken. — Aldershot, Brookfield (Vt.), Singapore, Sydney: Dartmouth, 1997. — P. 20 (Glenn H. P. Op. Cit. — P. 143, note 99).*

² «Речі [...] не говорять [...], тому для вивчення минулого потрібне таке сприйняття, яке охоплює речі». *Glenn H.P. Legal Traditions... — P. 7. «Традиція ніколи не є набутою, вона завжди набувається». Wieseltier L. Kaddish. — New York: Knopf, 1998. — P. 259 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 9, note 28). «Право сутнісно є традицією, тобто чимось таким, що приходить до нас з минулого». Simpson A.W.B. Invitation to Law. — Oxford: Blackwell, 1988. — P. 23 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 12, note 35). «Традиції не створюють самі себе; вони є свідомо обраними [...]. Ми тяжіємо, відповідно, до вибору того, що відповідає нашим наявним потребам». Thapar R. Tradition / Cultural Transaction and Early India. Tradition and Patronage. — Delhi, Oxford: Oxford University Press, 1994 (Oxford India Paperbacks). — P. 23 (Glenn H.P. — P. 13, note 38).*

³ Це є «породженням змін». *Friedrich C.J. Tradition and Authority. — London, Basingstoke: Macmillan 1972. (Key Concepts in Political Science). — P. 39. «Правова традиція в принципі не є консервативною». Atias C. Présence de la tradition juridique // Revue de la recherche juridique. — 1997. — Vol. 22. — P. 387 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 22).*

⁴ Закономірно тому описувати її як проєктування в минуле, оскільки в традиції «ми обираємо те, що вважаємо таким, що визначає нас, і ми представляємо себе як наступників тих, кого ми зробили нашими предками». *Muñoz L. The Rationality of Tradition // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. — 1981. — Vol. 67. — No. 2. — P. 203. Відповідно, «минуле мобілізується для уявлення майбутнього». Touraine A. Pourrions-nous vivre ensemble? Égaux*

чини вона слугує кінцевою основою будь-якого порівняння і судження. Тому не потрібно іншого фундаменту. Що би не розглядалося в якості критерію, його прийняття можливе лише на основі культури традиції¹.

3. Різні традиції — різні способи мислення

Праця П. Гленна запропонувала більш повну картину різних правових сімей і правових культур, що лежать в їх основі, завдячуючи тій обставині, що автор був насамперед зацікавлений у дослідженні способів мислення, які скеровують правові механізми. Як же сила традиції проявляє себе в цих різних правових культурах?

У **хтонічних** режимах пріоритет колективних інтересів над індивідуальними з акцентом на консенсус (замість примусу) розвинув модель мислення, яке діє в конкретних умовах, прив'язаних до ситуацій². Воно не для використання в якості зброї ким-небудь³, тим більше, що «влада» керівника є навряд чи більшою за його здатність досягати консенсусу, хоча б тому, що його «влада» може зберігатися лише доти, доки вона успішно виконує саме цей обов'язок.

На противагу цьому, правові механізми з таким само давнім корінням, але які надихалися **божественним одкровенням**, постали перед дилемою, як подолати розрив між історично унікальним і закритим джерелом права і його використанням, що продовжується крізь мінливі виклики кількох тисячоліть і цивілізацій. Тому основне питання стосується того, чи «закриті ворота»⁴, тобто, чи існують тех-

et différents. — Paris: Fayard, 1997. — P. 49. Це пояснює його близькість до **суспільної самосвідомості**. Відповідно до класичних основ соціології, «найважливішою є ідея себе», яка є конститутивною для суспільства. *Durkheim É. The Elementary Forms of the Religious Life. A Study in Religious Sociology / Trans. J. W. Swain. — London: Allen and Unwin, 1915 (5th impr., 1964).* — P. 422. Вона, в сучасному сприйнятті, вкорінена передусім у взаємозв'язках, придатних для порівняння. *Glenn H.P. Legal Traditions...* — P. 31–33.

¹ «Немає точки зору з нічого, не може бути суджень поза традицією, з опорою на граничні нетрадиційні критерії». *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 43.

² *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 67, note 43. Поп.: *Ong W.J. Orality and Literacy. The Technologizing of the World. — London, New York: Methuen, 1982 (New Accents).* — P. 51–52.

³ *M'Baye K. African Conception of Law // International Encyclopedia of Comparative Law / Ed. by K. Zweigert, U. Drobniig. — Tübingen, The Hague, Paris: Mohr, Mouton, 1975. — P. 138–139 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 67, note 44).*

⁴ «Талмуд ніколи не був дописаний» — пише Едін Штейнзельц. Див.: *Steinsaltz A. The Essential Talmud / Trans. Ch. Galai. — New York: Basic Books, 1976. — P. 47.* Тому він охоплює як минуле, так і майбутнє загалом. Або, «звичайно, кожне тлумачення, яке колись могло би бути відомим на Синаї, було замислене Богом». *Back to the Sources. Reading the Classic Jewish Texts / Ed. by B.W. Holz. — New York: Summit Books, 1984. — P. 15 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 96, note 42).* Щодо подібних вихідних тверджень у мусульманському праві див., напр., *Hallaq W.B. Was the Gate of Ijtihad Closed? // International Journal of Middle East Studies. — 1984. — Vol. 16. — No. 1. — P. 3–41.* Це виразно підтверджується у матеріалах справи *Rahman v. Begum ((1995) 15 BLD 34)* у Бангладеші (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 187,

ніки, здатні забезпечувати певний ступінь відкритості, вивільнення і переосмислення, задля відповіді на нові виклики. Ось чому постає питання: яку роль може, якщо взагалі може, відігравати в цьому логіка? Може вона чи ні конкретизувати різні ситуації (на противагу абстрагуванню, характерному для будь-якого теоретичного мислення), що виникають в праві такого релігійного режиму? Чи допускає вона вагання людей, які міркують над особливостями ситуації, так само як зіткнення думок, момент відповідального рішення, нормативно проєктованого з особистої позиції судді, як господаря справи? І, задля того щоб почати з початку, чи може якась ідея персоніфікованого бога-творця (законодавця) стати єдиною в таких законах, воля яких мала б досліджуватися і виконуватися як єдине джерело права?

На європейському континенті ця модель правового мислення, спираючись в своїх витоках на божественне натхнення, починаючи з Римської імперії й до сучасних екзегез, осягає право як договірну форму (слідуючи відкрито постульованому філософсько-політичному концепту суспільного договору, який презюмується як уявне встановлення політичного зв'язку), тобто як вираження чиеїсь волі, яка виводиться (чи логічно слідує) з офіційного джерела. Адже, з одного боку, наявні культури здійснення логіцизму (засновані на аксіоматичному ідеалі *mos geometricus*), як, наприклад, романо-германське право. З іншого боку, існують культури, обережні щодо логіки, іншими словами, щодо обробки текстових репрезентацій права як теоретичних положень в межах епістемологічного контексту як передумови висновків, що сліднують з логічною необхідністю. В культурах з релігійними традиціями і розвиненою логіфікацією як основоположним науковим ідеалом (наприклад, в іудейській та мусульманській культурі) сфера логіки може виявитися менш відповідною сфері правового мислення, яке не дає розробленим людиною визначенням з логічно обґрунтованими узагальненнями через індивідуальне застосування замінити первісну божественну детермінацію. Тому що можна лише намагатися досягнути божественні наміри, не будучи вправі локалізувати їх в межах категоріальної визначеності, вирішення моральних і правових питань необхідно залишається в таких культурах людською дилемою, а тому зовсім не виключається сприйняття можливості існування відмінних позицій. В світських культурах, в яких право сприймається або як частина природного світового

note 157). Індуське правове мислення навіть не піднімає ті питання, вирішення яких залежить від всезагальної культурної практики спільноти, засвідчуючи тяглість, на відміну від абстрагованих і відверто людських формалізацій. *Glenn H.P. Op. cit. — P. 270.*

порядку (наприклад, на Далекому Сході), або як ціннісне за сутністю узгодження виправданих людських реакцій (як наприклад, в загальному праві), наголос робиться не на повному і всеосяжному передбаченні, а на оптимальності рішення конфліктних ситуацій в повсякденному житті. Саме через дар вирішення сконцентрованої у судовій справі проблеми людини вони пізнають таємницю порядку і презумпцію людської доброчесності, а також довіру до ретельного вивчення минулих справ (сприймаючи їх як завершений набір або оцінюючи їх актуальність у світлі історичної особливості минулих думок суддів), які дійсно можуть сприяти формуванню майбутнього, без передвизначеності та передчуттів, через моделі минулого, сучасний та майбутній напрям руху та випадкові риси.

Ці часом відмінні культури мислення — на додаток до традицій, що лежать в їх основах — без звернення до особливих релігійних, географічних чи кліматичних умов, рівнів розвитку чи організації виробництва тощо, є основою пояснення їх дійсних відмінностей. В той же час, їх результати загалом співставні чи (як у випадку співставлення романо-германського і загального права) навіть подібні, хоча, незважаючи на те, що рушієм обох є нормативні конструкції і подібний набір операцій при розгляді справ, поєднані з офіційними очікуваннями, прийнятими в даній культурі (що стверджене в пануючій в правничій професії ідеології), можуть відрізнятися один від другого, засвідчуючи рух у різних напрямках.

Як все це можливе? І що насправді має місце в праві незалежно від будь-якого зовнішнього вираження і уявних формальних визначень? Як справджуються наші очікування однозначності, безпеки, передбачуваності й розрахованості? Або, допускаючи деяке перебільшення, врешті-решт, чи є правом все те, що діє під його ім'ям через діяльність його представників? Або, можливо, ми просто послабшали й відмовилися від вольового моменту нашої нередукованої кінцевої влади для досягнення, за допомогою різних посередників, сумісного з життям мірила (названого «правом» через всеохоплюючу суспільну інституціоналізацію), прикладаючи його до певних напрямів і траєкторій руху?

4. Різні очікування — різні інституціоналізації права

Отже, як ми можемо підсумувати й узагальнити все сказане у контексті дослідження різних правових традицій?

По-перше, внесок, що його зробило право, є різним у різних цивілізаціях. Де право є частиною життя спільноти, воно служить на благо спільноти. Де воно інтегрується до історії спасіння, що цементує єдність суспільства, воно навіть не виокремлюється як щось осо-

бливе. Таким чином, дискусії, формалізації і внутрішній поділ, як правові «ритуали», навряд чи мають значення більше за те, яким вони володіють у теології чи моральній філософії. Іншими словами, право не є диференційованим: те, що воно вимагає, є вимогами загальної нормативності, й те, що виконується, не є простою зовнішньою відповідністю (що вичерпується простим утриманням від порушень), але справжнім спонуканням людини, реалізацією її духу, заохоченням її внутрішньої активності. Первісно це було рисою всіх правових режимів, що ніколи не ставилася під сумнів хтонічним і азійським правом, і яка продовжилася в індуському, іудейському й ісламському праві аж до сьогодні¹, з якою в певний історичний період порвали лише романо-германське, а згодом і загальне право, які в різний спосіб відроджують спільну римську традицію. Відзначимо, що весь час таке подолання співвідносилось з поширенням індивідуалістичного погляду на суспільство і, в пізніші часи, зі зростанням фетишизації і ствердженням дедукції прав з системи права — яка, варто зазначити, в англійському праві вперше з'явилася у двадцятому столітті².

Класична іудейська юрисдикція з самого свого початку будувалася на підкоренні сторін майбутньому рішення, що завчасно декларувалося. Саме тому не було розроблено доктрину правового примусу, оскільки сторони, в разі своєї незгоди, могли знову йти до суду. В той же час, рішення адресувалось лише їм, тому жодне рішення не публікувалось і не зберігалось. Як наслідок, ані правові огляди, ані прецедентне звернення до більш ранніх рішень цій системі невідомі. Тому суддівський розгляд здебільшого повністю пристосований до конфліктної ситуації, конкретних фактів справи³.

В мусульманському праві задля надання сили історично обмеженим висловлюванням Пророка була розвинута особлива культура ланцюга посилення, що забезпечують орієнтування в мінливих умовах і юрисдикціях⁴. Хоча мусульмани мають високорозвинену логіку

¹ На санскриті немає слова «право», і те, що називається Законами Ману, стосується лише незначної частини індуського життя, сформованого внутрішньою етичною мотивацією [*a'tma tushti*]. В іудейському праві, *halakhah* [не діяти поза правом] неодмінно доповнюється очікуванням *aggadah* [дії в межах права]. В ісламі дії, визнані як обов'язкові, належні, нейтральні, гідні осуду, прямо заборонені, є завжди наперед визначеними. Див.: *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 26, 96, 185–186.

² «*Das subjektive Recht*» in the English Law of Torts / Lawson F.H. Selected Essays. — Vol. I. — Amsterdam, New York: North-Holland, 1977. — P. 176, 179–182. Див. також: *Samuel G.* «Le droit subjectif» and English Law // *Cambridge Law Journal*. — 1987. — Vol. 46. — No. 2. — P. 264–286. (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 220, note 50).

³ *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 92–93, так само як і *Jackson B.* Jewish Law or Jewish Laws? // *Jewish Law Annual*. — 1988. — Vol. 8. — P. 25.

⁴ Зацитуємо типовий ланцюг хадисів (*hadith*): «Відповідно до Бухарі (Розділ 30, звичай 26) «Абдан звертається до нас [говорячи]: Хішам звертається до нас, говорячи: Ібн Сірін звер-

філософської і наукової реконструкції, вони здатні лише до визнання канонів суддівської аргументації, що не дає праву розвиватися далі через людські узагальнення, і є небезпека, що простий прийменник логічного узагальнення стане відхиленням від божественних одкровенень Пророка, що очевидно неприпустиме з огляду на те, що це Боже Слово¹.

Щодо коріння континентального права — «*siamo tutti Bartolisti*»², зрештою, ми всі звикли вдосконалювати і адаптувати єдине його розуміння (організоване як школа) з майже безмежного запасу технік і можливостей, сконструйованих римлянами, — дуже важливо це усвідомити — як пише П. Гленн: «протягом століть ті, хто писав глоси до римського права, здавалися більше талмудистами, аніж цивілістами. Вони були більш зацікавлені питаннями [*quaestiones*], аніж відповідями; більше цікавилися накопиченням думок, аніж вибором між ними; більше цікавилися дискусією, аніж дією». «Питання важливіші за відповіді (які можуть змінюватися); розуміння важливіше за узгодженість; суспільні зв'язки важливіші за точність»³.

Однак, саме в цьому колі повинно було одного разу виникнути середовище обмеженого практикою раціоналізованого протиборства щодо визначених правових проблем, тобто культура, корені якої — у визнанні того, що «форма є посланням»⁴, поширюючись по всьому Європейському континенту й потім на південноамериканські (й, певною мірою, навіть на далекосхідні) культури, що у Новий час було

тається до нас від Абу Хураїра від Пророка [...], який говорить [...]. *Rahmān A. I. Doi Shaḥīḥ. The Islamic Law.* — London: Ta Ha Publishers, 1984. — P. 24 et seq. (Glenn H.P. Op. cit. — P. 161, note 18).

¹ Не приймається навіть мислення за аналогією, що розглядається як таке, що веде до більш загальних норм і категорій, що уможливають наступну дедукцію чи категоризацію. Це є «вираженням людської ініціативи», що варте осуду. *Weiss B.G. The Spirit of Islamic Law.* — Athens, Ga., London: University of Georgia Press, 1998. (The Spirit of the Laws). — P. 67–68. Див. також: *Makdisi J. Formal Rationality in Islamic Law and the Common Law* // *Cleveland State Law Review.* — 1985–1986. — Vol. 34. — No. 1. — P. 97–112 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 176, note 99).

² *Rattigan W. Bartolus* // *Great Jurists of the World* / Ed. by Sir J. MacDonell, E. Manson. — London: John Murray, 1913. (The Continental Legal History Series 2). — P. 45 (Glenn H.P. — P. 123). «Ми всі бартолісти» (італ.) — тобто, ми всі є послідовниками італійського вченого Бартолуза (Бартоло да Сассофєррато, 1313 — 1357), лідера школи постглосаторів. автора «Коментаря до Кодифікації Юстиніана. — Прим. наук. ред.

³ Glenn H.P. Op. cit. — P. 123, 128. Цей підхід у багатьох відношеннях мав бути поширений, на що вказує історія англійського права: «Яким було судження, ніхто не знав, і ніхто не турбувався про це». *Plucknett T.F.T. Early English Legal Literature.* — Cambridge: Cambridge University Press, 1958. (Cambridge Studies in English Legal History). — P. 104 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 219, note 48).

⁴ *The Form is the Message* / Daube D. *Ancient Jewish Law. Three Inaugural Lectures.* — Leiden: Brill, 1981. (Glenn H.P. Op. cit. — P. 127, note 41).

обмежене через вплив латинської й німецькомовної цивілізацій. Століття шліфувальної роботи глосаторів і їх наступників сформували — незважаючи на властивий їм брак будь-якої ідеї системності й навіть концептуалізації римського права¹ — жорстку концептуальну систему з фактично пустими поняттями, але необхідними через виконання ними технічних функцій, такими як принцип рівності, який визначає, що вважати «подібним» до того, що береться як «подібне», однак не забезпечує нас фактичним чи правовим критерієм «подібності» (хоча якщо б право й надало його, саме таке положення очевидно — концептуально — відобразило б цей принцип як безглуздий і цілковито зайвий)².

Звичайно там, де право визначається з додержанням Божих заповідей (як в іудейському чи мусульманському праві), чи виступає як заснована на судових справах декларація того, чим є право (як в англо-саксонському праві), неможливе його оскарження³. **Англо-саксонське право** переносить античне застосування римської традиції на Британські острови: журі присяжних замість непрофесійного судді, суддя замість наказуючого претора, судовий наказ замість едикту, що уможливлює процес; більше того, інни⁴ близькі до церкви, так само як мазхаби⁵ (madhahib) близькі до мечеті. Все є лише процедурою: судовий наказ сконструйований як бездоганно споруджений голубник з отворами, що забезпечує форму поведінки, яка уможливлює початок певного виду процесу. Цим пояснюється те, що кожна і будь-яка проблема в праві має пристосовуватися до одного з (загалом) 50 судових наказів, починаючи з приблизно 1250 р., і до 75 судових наказів після (приблизно) 1850 р. (до їх скасування в 1932 р.), і виключно в поняттях обраного судового наказу⁶. *Немає засобу судового захисту, немає правопорушення*: юридична кваліфікація, тобто кваліфікація дії в поняттях права, здійснюється (якщо взагалі здійснюється) лише за умови, що вчинок можна розглядати в контексті закритого переліку раніше кодифікованих судових наказів.

¹ Arango A.C. El Derecho Romano se formo a base de realidades objetivas no por teorías o sistemas // Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz III. — Napoli: Jovene, 1953. — P. 31–35 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 136, note 72).

² Westen P. The Empty Idea of Equality // Harvard Law Review. — 1982. — Vol. 95. — No. 3. — P. 537–596.

³ Див.: Glenn H.P. Op. cit. — P. 92.

⁴ Судові інни — адвокатські об'єднання в Англії, Уельсі та Ірландії, до одного з яких має належати юрист, щоби мати право займатися адвокатською практикою. — Примітка наук. ред.

⁵ Мазхаби — школи-напрями мусульмансько-правової думки. — Примітка наук. ред.

⁶ Maitland F.W. The Forms of Action at Common Law. A Course of Lectures. — Cambridge: Cambridge University Press 1954. — P. 5 (Glenn H.P. Op. cit. — P. 211, note 20).

Таким чином, матеріальне право навіть не фігурує¹; рішення буде винесене непрофесійним журі присяжних; а суддя — з його «неприродним розумом»² (уособлюючи доктрину, розвинену в межах правничої професії) — єдиний, хто уповноважений досліджувати, чи всі процесуальні дії відповідають усталеному порядку. Отже, право обмежене до процедури такою мірою, що навіть основоположні поняття, такі як формалізм, казуїстика і логіка, набувають додаткового значення в класичному англійському праві. З одного боку, «в загальному праві ніхто не знає, яке право використає журі, хоча журі й діє в надзвичайно формалізованому порядку». З іншого, «процес є неминуче казуїстичним, через те, що хоча він і використовує попередні судові рішення, однак вони не створюють право, а отже не суперечать одне іншому». Іншими словами, дійсне рішення неминуче залишиться поза правом, воно сприймається як просто факт, і його достоїнства залишаються поза логікою. Саме тому загальне право є «плаваючим» аж донині³, в усній культурі якого питання, навіть такі як, чи є «правило» у рішенні притягнутим, і якщо так, чи може «норма» бути сформована поза «правилом», ніколи не прояснюються⁴.

5. Різні «раціональності» — різні «логіки»

Ми можемо прийняти те, що раціональність сама по собі є не більше ніж однією з багатьох традицій⁵, більше того, що «помилкою є [...] припускати існування чи необхідність однієї (найкращої чи найвищої)

¹ «Будь-яке чинне матеріальне право закривається ним, „ховається» між ним» — писав Генрі Джеймс Самнер Мейн в своїх „Дисертаціях про раннє право та звичай». *Maine H.J.S. Dissertations on Early Law and Custom. Lectures delivered at Oxford.* — London: John Murray, 1883. — P. 389 (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 211, note 21).

² «Справедливість і право, неприродний розум і воля». *Hobbes T. Leviathan...* — London: Andrew Crooke, 1651 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://oll.Libertyfund.org/Texts/Hobbes>

³ Лише рішення журі присяжних має юридичну силу, без того, однак, щоб впливати на право чи незмінно викладати його. *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 60, note 17, p. 235, 233, 219.

⁴ Див. наступні праці автора цієї статті: *Codification on the Threshold of the Third Millennium* // *Acta Juridica Hungarica.* — 2006. — Vol. 47. — No. 2. — P. 89–119 (те ж саме: *Codification à l'aune de troisième millénaire* // *Mélanges pour l'hommage de Monsieur le Professeur Paul Amselek / Dir. P. Wachsmann et al.* — Bruxelles: Émile Bruylant, 2004. — P. 745–766); *Rule and/or Norm, or the Conceptualisability and Logifiability of Law* // *Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft* // *Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik* (Tagungsband der 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposions, IRIS 2005) / Hrsg. E. Schweighofer, D. Liebwald, S. Angeneder, T. Menzel. — Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: Richard Boorberg Verlag, 2005. — P. 58–65 (у розширеному варіанті: *Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law* // *Acta Juridica Hungarica.* — 2007. — Vol. 48. — No. 4. — P. 401–410).

⁵ *Toward a Rational Theory of Tradition* / Popper K. *Conjectures and Refutations.* — 3rd rev. ed. — London: Routledge & Kegan Paul, 1969. — XIII + 431 p.

точки зору для визначення ідеальної раціональності»¹ і, відповідно, в підсумку ми також повинні визнати, що «різні типи логіки і семантики можуть бути придатними в різних контекстах і для різних теорій»². Якщо ми це приймаємо, то ми повинні — засновуючись на нормативних підвалинах досліджуваного порядку й умовах, що нас зв'язують — або припустити їх регуляторну **завершеність** (беручи до уваги неформальність рішення, прийнятого в результаті розгляду справи, зваженість, врівноваженість, осмислюючи його переваги, визнаючи його неповторну складність), або звернутися до **процедури редукції** (сподіваючись на надійність права і гарантованість повторення складності справ). Перше припущення використовує нерозрізному і відкрити різноманітність джерел і підходів (з різноманітністю аспектів і методологій, нормативних критеріїв і типів аргументації, прийнятих у судовій оцінці), в той час як друге передбачає попередній вибір з них всіх — офіційно кодифікує, а отже закриває те, що можна вивести в якості логічного висновку з них, і аксіоматизує цей вибір як висновок з них. Процедура редукції передбачає дедуктивну логіку, яка, у випадку своєї практичної неспроможності, може просто перейти у свою протилежність, а саме, у стохастичну (випадкову), статистичну чи, можливо, засновану на правдоподібності заміну якоюсь непевною логікою, не більше. У випадку презюмування завершеності логіка (взята згідно її математичному ідеалу) або просто буде вважатися незастосовною, або приймати полівалентні форми, які не можуть тлумачитися з аксіоматичної точки зору, оскільки вони оперують більш ніж двома значеннями і у зв'язку з цим долають дихотомію істини і помилковості, правомірності і протиправності, зависаючи у проміжних значеннях, які викликають невизначеність (породжуючи здригання і непередбачуваність) у логіці.

Окрім цього, слід відзначити, що погляд на судову аргументацію як частину сфери «практичного мислення» перетворився на зразок для витіснення ухвалення рішень у праві зі смислової сфери «застосування» (з основоположною ідеєю логічної «дедукції») в сучасній англо-американській теоретичній реконструкції, що, так само як теорія «аргументації», запропонована Хаїмом Перельманом в континентальному праві декілька десятиліть тому, переносить весь процес у простір, який не може логічно тлумачитися³.

¹ *Dennett D.C. Darwin's Dangerous Idea. Evolution and the Meanings of Life.* — New York: Simon and Schuster, 1995. — P. 502–505 (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 44, note 39).

² *Pearce D.A. Roads to Commensurability.* — Dordrecht: Reidel, 1987. [Synthese Library 187]. — P. 9 (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 333, note 40).

³ «**Практичне мислення** [...] є перехідним мисленням. Воно має на меті встановлення не того, чи певна позиція є цілковито правильною, а скоріше того, що певна позиція є кращою

Яким же чином такі відмінні рішення виникли у різних давніх правопорядках?

Наприклад, в **іудейському праві** одночасне визнання відмінних (і, зрештою, несумісних) точок зору виключає будь-яку системність і вичерпує всю культуру практики мислення до тієї міри, що сам Талмуд видається таким, ніби «багато текстів і багато авторів [...] говорять [...] одночасно», але невизначено. «Це просто тут — там». Критично можна навіть характеризувати його як «книгу, що дуже розчаровує [...] в ній все захоплює [...], однак [...] нічому не можна довіряти»¹. Відповідно, «надання переваги конкретній, а не абстрактній термінології» пронизує його, «договір» позбавлений загальних типових рис² і категорії використовуються скоріше в переносному смислі, а не для визначення меж концептуального характеру. Це подібне до втілення призабутої мудрості: аксіоматична думка без звернення до реальності, з її само-пропонуванням як виключного предмету, не може бути придатною для чогось поза ним самим³.

У **мусульманському праві** «доктрина різноманітності» [ikhtilaf] виходить на передній план з прийняттям хадисів [hadith], які можуть визнати обидві частини логічної суперечності як такі, що одночасно натхненні Богом, оскільки «відмінність думок [...] є знаком щедрості Бога»⁴.

В **індуському праві** «немає точного визначення», чи можна віднайти в ньому дедукцію чи схильність до систематизації. Адже якщо все і всі є частиною Брахмана як творця світу, тоді спільність у межах навечно даної тотальності не може бути сегментована шляхом про-

за інші. Воно стосується, приховано чи відкрито, імпліцитно чи артикульовано, порівняльних тверджень» — пише Чарльз Тейлор. *Taylor C. Sources of the Self. The Making of the Modern Identity.* — Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989. — P. 72. Воно також визначається Альбертом Йонсеном і Стефаном Тулміном (див.: *Jonsen A.R., Toulmin S. The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning.* — Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1988. — P. 341) наступним чином: «Практичне мислення в етиці є не справою здійснення формальних дедукцій з незмінних аксіом, а постійною вправою в розсудливості — тобто, зваженням міркувань одне щодо іншого». (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 43, note 37).

¹ *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 98, остання цитата з: *Goldenberg R. Talmud // Back to the Sources...* — P. 157.

² *Elon M. Contract // Principles of Jewish Law / Ed. M. Elon.* — Jerusalem: Keter Publishing House, 1975. — P. 247 (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 94, note 35).

³ «Велика перевага використання цих моделей, як протилежних абстрактним концептам, полягає, *inter alia*, в здатності постійно контролювати дієвість методів демонстрації [...]. Абстрактне мислення [...] може бути визначене лише за допомогою використання так само абстрактних понять, тому ми ніколи не можемо знати, чи вони конституюють відхід від предмету чи продовжують бути відповідними.» *Steinsaltz A. The Essential Talmud...* — P. 147 (*Glenn H.P. Op. cit.* — P. 99, note 53).

⁴ *Glenn H.P. Op. cit.* — P. 325.

стого відокремлення; більше того, навіть очевидність будь-якої завершеної зміни може виявитися нічим більшим за чисту ілюзію¹.

Нарешті, давні культури (в межах Далекого Сходу) припускають полівалентну логіку в людських справах, що, таким чином, дозволяє розглядати будь-яку диференціацію, крайнє формулювання, поляризацію чи дискретність предметів та ідей виключно як результат штучного втручання людини.

6. Менталітет в основі права

Зміна акцентів порівняльних досліджень у цій царині просто вражає, адже більшість відомостей, пояснень і міркувань, якими рясніє вказаний чудовий огляд (праця П. Гленна — пер.), зосереджені скоріше навколо способів мислення, а не інститутів. **Ментальності**, які задіяні в межах даного контексту, відкривають дива (досвіду) світу, а також забезпечують інституціональні відповіді як реакцію на виклики його існуванню. Так от, інституціоналізація — це вже півдороги до формалізації. Її остаточне досягнення забезпечується аксіоматизмом кодифікації — або позитивного права, або доктрини (взятої як ментально структуроване представлення, що криється за нею), — коли право проектується як системна сукупність логічно впорядкованих абстрактних концептуалізацій. В систематичній перспективі навіть сам інститут як такий не може більше сприйматися лише як принагідний чи шаблонний продукт практичного вирішення проблем, як абстрактна формула. Він є одночасно ментально конкретизованою репрезентацією подальших концептуальних абстракцій. Таким чином, порівняльне право в його класичному розумінні було продуктом саме такої схеми, воно народилося для прищиплювання різноманітних винятково логічних концептуальних абстракцій права до своєї мапи з вимогами таксономії, первісно створеної для класифікації природи в природничій історії².

Отже, всі питання, які ми обговорювали в межах стислого огляду «Правових традицій світу», насправді зосереджені навколо людської дилеми практичного розв'язання проблем у межах різноманітних культур порядку, в інтересах виживання суспільства. Це здійснюється в манері порушення питань щодо порядку (*ordo*), реакції на них, пошуку можливих і придатних для цього технік, створення інститутів через тривалість практики і планування, винайдення і використання

¹ *Diwan P. Modern Hindu Law. Codified and Uncodified.* — 7th ed. — Allahabad: Allahabad Law Agency, 1958. — Р. 1. Див.: *Glenn H.P.* Op. cit. — Р. 253–268.

² Вперше така класифікація була застосована до дійсних (живих) об'єктів природи Карлом фон Ліннеєм в його «Системі природи» *von Linnæus C. Systema naturæ*. [reprint of 1735] / Pref. B. Strandell. — Stockholm: Bokförlaget Rediviva, 1977 [Suecica rediviva 70].

інструментарію, волею-неволею відриваючись від історичної ідеї, вираженої в праві, але з бажанням залишитися в межах її етосу — до такої міри, що ми можемо навіть казати, з деяким перебільшенням, що це є двигуном, а все інше є лише клубом пилу...

Звичайно, ми знаємо, що цивілізаційний розвиток продукує поділи, структури і диференціації у формалізації, але він успішно запускає механізми з ефектом дегуманізації до такої міри, що ми можемо відчувати як навіть наше творче мислення стало здебільшого реагуючим, значною мірою існуючим лише як просте заповнення каркасу вже встановлених форм.

Осмислюючи самих себе й ті сади, що їх ми культивуємо, необхідно розуміти, що збереження, збирання і оприлюднення судових рішень, використання і посилення на аргументи, які сприяють обґрунтуванню їх авторитетності, створюють офіційне очікування того, що судді будуть приймати рішення (з такою організацією здійснення правосуддя, що воно стане вільно доступною державною послугою) з можливістю повторного розгляду справи шляхом апеляції — все це є відносно новим і особливим розвитком подій, загалом характерним для Західної культури. Досягнення правової доктрини, що абстрагує загальні вимоги від імені індивідів, що впливають із сукупності законів, з яких загальний статус може виникнути через визначені громадянські права [*'subjektive Rechte'*] певних груп осіб, також є продуктом сучасного Західного світу. Англійська правова культура тільки-но почала асимілюватися (більшою чи меншою мірою та з відповідними суперечностями) до континентальної культури логіфікованого права, принаймні через розуміння континентальних вимог ідентифікації концептуалізацій в праві, до яких можна звертатися як до джерела та носія права, на основі якого можлива редукція (тобто окрема гомогенізація, взята як дедукція для обґрунтування) судового рішення в праві до формальної операції. Іншими словами, ми можемо спостерігати, що хоча утопія формальної раціоналізації Декарта і Лейбніца може продукувати рух і зусилля, вона не може привести ані до всебічного розвитку, ані до усунення інших традицій, заснованих на не-формальній раціоналізації, що виключає протиріччя. Як висновок, ми навряд чи можемо сказати більше за наступне: хоча чийсь проблеми можуть видаватися нам новими, більшість з них, тим не менш, зберігає давнє коріння.

При цьому ми повертаємося назад до людини, яка олюднює своє існування, створюючи культуру як другу природу для і навколо неї, і до того, як вона черпає сили з своєї традиції. Це включає, поміж іншим, пошук джерела права через його складну глибинну структуру.

Усвідомлення цього і того, що найкращим варіантом є збереження різноманітності його цивілізаційних форм права, є нескінченим завданням для нас, незамінним для будь-якої орієнтації загалом й зокрема для найважливіших рішень, які приймаються на перехрестях історії.

7. Визначення предмету теоретичних досліджень права

Ті, хто здійснює порівняльні історичні дослідження, звичайно підходять до потенційних предметів свого аналізу з певним досвідом за плечима і відкриті до сприйняття нових ідей, водночас осмислюючи класифікаційні схеми лише як результат власних досліджень — тобто, відповідаючи на питання, що (і в якому розумінні) може (чи варте, обгрунтоване або прийнятне в межах аналітичної структури, або самозрозуміле) може бути розглянуте як право в певній культурно-антропологічній ситуації чи в судочинстві. Однак, в межах цілковито штучної побудови теорії (заснованої на підході до права, який вона пропонує запровадити) певні концепти передбачаються (уявляються чи презюмуються), а потім розглядаються як аксіоматична основа — тобто, сприймаються без емпіричного доказування — через виключно теоретичну конструкцію.

Ми знаємо, що в нашому слововжитку і особливо в концептуальному мисленні превалює нормативність, слабша чи сильніша; ми реконструюємо й цим також конструємо лише те, що ми хотіли пізнати з оточуючих речей. Але є різниця між **результатами аналізу, спрямованого на окреслення порівняльно-історичних досвідів**, з одного боку, й просто **концептуального аналізу**, обмеженого до раціоналізації конвенціоналізацій відповідно до завчасно прийнятих ідей (догм і упереджень), з іншого. Вона особливо проявляється як при відмежуванні цих двох підходів і їх результатів, які зазвичай виключають можливість будь-якої взаємодії, так і в настільки ж відмінних способах існування в їх межах критичних позицій. Перший підхід передбачає спостереження, оцінку і групування **фактів**, використовуючи дані польових досліджень або звертаючись до наявної багатой літератури. І навпаки, другий підхід доходить, практично без звернення до джерел, від певних філософських узагальнень до інших (глибших) філософських узагальнень. Будь-які фактичні аргументи чи свідчення першого підходу уникаються другим відразу як ефемерні (виняткові й незначні), або як невідповідні. Все, чого може досягти перший підхід — це певний вплив на суспільну думку, яка формує в довготривалій перспективі домінуючу парадигму як загальний підсумок; другий підхід переважно озвучує це чи рефлексує над цим (чи, інколи, пропонує теорію, спрямовану на заміщення чи зміну цього).

Внутрішня полеміка в першому підході зазвичай спрямована на обговорення фактів і їх можливих інтерпретацій (наприклад, який критерій може привести до відчутних результатів, якщо відокремити різновиди права в системах, культурах і традиціях). І навпаки, другий підхід — задіюючи настільки, наскільки він може, **аксіоматичний ідеал** — пропонує доповнення чи перегляд пануючої системи, або відхиляє її з позиції (іншої системи) зовнішньої (і негаційної) щодо досліджуваної системи. Це може включати, наприклад, минулий ідеологічний критицизм між соціалістичною і несоціалістичною («буржуазною» чи «реформістською») правовими теоріями, що заперечують одна іншу, чи сучасний так званий деконструкціонізм, що викриває — або в дусі радикальної герменевтики з її анархічним екстремізмом, або в якомусь іншому (феміністичному, білому тощо) варіанті, спрямованому на історичну реабілітацію — тисячолітні явища як личини звичного чи витонченого соціального пригнічення.

Сучасні тенденції глобалізації, ймовірно, мають нерівномірний ефект у різних сферах. У будь-якому випадку, незважаючи на декілька спроб посередництва, ці два підходи, як нам видається, й надалі посилюються і — як не дивно — зразки теоретичної конструкції, спрямовані лише на концептуальну (пере-)конвенціоналізацію, можуть нині трансформуватися в незалежно блукаючі сили; можливо, колись виниклі в англійській аналітичній традиції й потім організовані в концептуальну конструкцію американської політичної філософії, вони можуть тепер досягти континентальної Європи як структура теоретичного пояснення. У межах нового відліку вони напевно отримають нові значення, оскільки їх концептуальне вихідне припущення тим часом змінилося — від англійського передрозуміння, яке ідентифікує право як засноване на прецедентах анонсування про те, які норми діють, — до концепції романо-германського права, яке сприймає право як систему норм, з граничною їх концептуалізацією в логічному узагальненні.

Шлях наукових досліджень очевидно є вільним. Однак, для того щоб бути здатним визначити застосовність і співмірність різноманітних напрямів і закликів учених, й досі важливо бути уважним до мовчки сприйнятих основ їх концепцій права.

Наукове видання

ВАРГА Чаба

ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ?

У пошуках правових сімей і культур

Редактор А. В. Корж

Коректор В. Г. Волоха

Підп. до друку 20.04.2012

Формат 60x84/16. Папір офсетний. Друк офсетний.

Наклад 300 прим.

Віддруковано у ЗУКЦ (ТзОВ)

Україна, 79005, м. Львів, вул. М. Драгоманова, 18
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
серія ДК № 408 від 09.04.2001 р.

**МІЖСИСТЕМНА КОМУНІКАЦІЯ
В МЕЖАХ ОДНІЄЇ ЮРИСДИКЦІЇ
ВИПАДОК ІЗ ЗЛИТТЯМ ЗМІШУВАННЯМ
ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА ІЗ ЦИВІЛЬНИМ У КАНАДІ**

‘Az angol-amerikai és a kontinentális-francia jogi hagyományok találkozásának peremvidékén: Kanadai fejlemények és tapasztalatok’ *Jogtudományi Közöny* LVII (2002) 7–8, 309–322 & in Varga Csaba *Jogfilozófia az ezredfordulón* Minták, kényszerek – múltban, jelenben (Budapest: Szent István Társulat 2004), 114–144 [Jogfilozófiák] & <<http://mek.oszk.hu/15100/15172/15172.pdf>>

‘Meeting Points between the Traditions of English–American Common Law and Continental-French Civil Law (Developments and Experience of Postmodernity in Canada)’ *Acta Juridica Hungarica* 44 (2003) 1–2 & in <http://real-j.mtak.hu/758/1/ACTAJURIDICA_44.pdf>, 21–44 & <<http://www.akademiai.com/doi/pdf/10.1556/AJur.44.2003.1-2.2>> & *Curentul Juridic* [Tîrgu-Mureş] IX (2011) 1, No. 44, 24–47 & <http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_201101/recjurid111_2F.pdf> / ‘Patter[n]ing the Self-globalising World: The Ideal of the Law of the Future as Forged and Tested in Canada’ *Central European Political Science Review* 16 (Spring 2015), No. 59, 36–79

‘Intersystemic Communication within One Jurisdiction: The Case of Common Law and Civil Law Amalgamating in Canada’ in *Сучасні проблеми порівняльного правознавства* Збірник наукових праць, ред. Ю.С. Шемшученко & Я.В. Лазур (Ужгород & Київ: Видавництво «Говерла» 2015), 59–61

‘Міжсистемна комунікація в межах однієї юрисдикції: Випадок із злиттям змішуванням загального права із цивільним у Канаді’ [переклад Vavrincsik Regina {Ваврінчик Регіна Яношівна, УжНУ}] [2015] 1–4 & <<https://ppke.academia.edu/CVARGA/Papers>>

МІЖСИСТЕМНА КОМУНІКАЦІЯ В МЕЖАХ ОДНІЄЇ ЮРИСДИКЦІЇ ВИПАДОК ІЗ ЗЛИТТЯМ ЗМІШУВАННЯМ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА ІЗ ЦИВІЛЬНИМ У КАНАДІ*

ЧАБА ВАРГА

Глобалізація крокує й наступає різноманітними стежками. Її масштаб, який можна спостерігати в Канаді, можна проілюструвати мультикультурним та мультифакторіальним пошуком спільного — ледь не колективного — рішення, замість застосування юстиції, що б базувалась строго на законі. Це передбачає розчинення колись однорідного правового процесу у новій гіпостазованій різнорідності / гетерогенності.

Принцип *stare decisis* ніколи не був прийнятим у Квебеку, при тому, що канадський правовий розвиток завжди був відкритим до запозичень, особливо з англійського та французького права. Ось чому в ньому рідко були спроби чи-то формалізувати, чи обмежити свої нормативні ресурси. Зазвичай, навіть не перший квебекський цивільний кодекс (1866) скасував попереднє право і не забороняв звернення до попередніх рішень як до джерела закону. Або ж, він щедро залишив у дії з до-кодексовго права не просто повторення

* Csaba Varga 'Intersystemic Communication within One Jurisdiction: The Case of Common Law and Civil Law Amalgamating in Canada' in *Сучасні проблеми порівняльного правознавства* Збірник наукових праць, ред. Ю. С. Шемшученко & Я. В. Лазур (Ужгород & Київ: Видавництво "Говерла" [УжНУ] 2015), 9–61 [ISBN: 978-617-7132-26-3], trans. Vavrincsik Regina / Ваврінчик Регіна Яношівна [УжНУ]

формулювань з кодексів або несумісних із кодексом положень, в тому сенсі, що «кодіфікація квебекського права здається радше напів-мірою, характерною для компромісів». Адже слід пам'ятати, що демаркаційні лінії між «ми» і «вони» ніколи не були типовими для канадської традиції. Так само, як не відомо про жодні формальні запозичення, то й ті з них, які все-таки мали місце, не вважалися радикально чужими (зарубіжними) законами, адже прагматично, вони представляють живе право, що може бути корисним у практичних процесах вирішення суперечок.

Так, ніби це було вивчене з вироків Установ Гая, що народи керуються як правом, конкретним для них, так і правом, загальним для людства, нормативні бази, на які зазвичай посилаються у юридичних рішеннях, звертаються до достатньо відкритої та міжнародної аудиторії. Нещодавній аналіз юриспруденції вказує наступні пропорції цитувань на Верховний Суд Канади.

	на рішення	на доктрини
домашні	367	63
британські	110	29
американські	045	24
австралійські–азіатські	014	09
французькі	002	07
інші	004	02
зарубіжні	175 / 32,3%	71 / 53%
зарубіжних загалом	36,4%	

і Квебек

на місцеві рішення	129
на французького автора	117
на рішення загального права	079
на місцевого автора	029
на французьке рішення	025
на автора загального права	013
на зарубіжні рішення загалом	44,64%
на зарубіжних авторів загалом	81,76%
на зарубіжні джерела загалом	234 (59,7%)

Все це означає, що посилання на зарубіжних авторів є більш частими по всій Канаді, і значно частіші у Квебеку, ніж посилання на домашніх, а відповідно, й на місцевих. Посилання на зарубіжні рішення робиться у одній третині і у двох п'ятих усіх посилань відповідно. Загалом, посилання на зарубіжні матеріали робиться у 1/3 та у 3/5 усіх посилань відповідно. І наприкінці, у Квебеку, частота посилань на зарубіжні рішення є вищою на 38,2%, а на зарубіжних авторів — на 54,26% ніж здебільшого у Канаді.

Отже, на рівні популярних виразів, ми можемо спостерігати удосконалення глобального полікультуралізму.

Загальне право як історичне нагромадження прецедентів є процесоподібним з визначенням: «Загальне право є системою, що розвивається, в тому розумінні, що постійно відбувається процес розвитку та експозиція правил». Саме тому, «пошук закону є занадто важливим, для того, щоб будь-яке потенційне зовнішнє джерело було усуненим апріорі. Закон ніколи не дається однозначно, його завжди потрібно шукати, у безмежно оригінальному процесі вирішення індивідуальних суперечок за допомогою права». Почуття незахищеності, відмова від будь-якого пошуку закону, прагнення згоди та узаконення з будь-якого джерела за будь-яку ціну додають до вищесказаного, ніби притаманний скептицизм можна подолати просуванням заміни безпеці. Зрештою, суддя «почувається значно безпечніше, якщо він може покладатися на зарубіжну юридичну цілісність, замість власних ресурсів, отриманих виключно з тексту».

Підсумовуючи, нові популярні вирази і справді здобули першість, такі як: різномайття, плюралізм, співпадіння – у праві такою ж мірою, як і в інших сферах. Ми можемо бути впевнені, що вони виконуються. Згідно зі статистикою, наприклад, безпечне, передбачуване та прораховане цивільне право переважає як у кількості випадків, так і в часі, необхідному для застосування справедливості, так само як і в інших рисах великомасштабних судових процесів. Видовищні та легковажні позови є більш типовими для англо-американського світу – подані через індивідуальне суперництво (інколи представлені групами за кольором шкіри, статтю, культурою), або

взаємними амбіціями, що потребують стримання, або з помсти, або прагнення вигоди або ділові інтереси (напр., розлучення, за дійсну або припущену дискримінацію, сексуальні домагання, медичне недбальство, чи відповідальність за продукт тощо). Тим не менш, все це, через складність процедури та вартість послуг юриста, доступні тільки людям середнього класу з надійним фінансовим тлом. Все ж, кількість суддів на 100000 населення є такою:

у Німеччині	26
у Франції	11
у Канаді	08
у Англії	01,9

Ці дані важливі не тільки для статистики щодо працевлаштування, вони свідчать про обсяг фактичного робочого навантаження та інституціональну значущість.

Відповідно, традиція судових процесів, що розвинулася у ранньо-сучасному Загальному Праві (із соціальною винятковістю судових подій) триває. Більш того, з порівняльних числових даних про кількості справ верховних судів на рік —

Канада	Верховний Суд	100-150 справ слухають
Франція	Касаційний Суд	28000 вирішених справ

— впливає, що у 200-250 разів менше справ щорічно вирішується у Канаді у порівнянні з масовими кількостями судочинства у, наприклад, Франції.^{**}

^{**} For the paper *in extenso*, see Csaba Varga ‘Meeting Points between the Traditions of English–American Common Law and Continental-French Civil Law (Developments and Experience of Postmodernity in Canada)’ *Acta Juridica Hungarica* 44 (2003) 1–2, 21–44 & <<http://www.akademiai.com/doi/pdf/10.1556/AJur.44.2003.1-2.2>> / ‘Meeting Points between the Traditions of English–American Common Law and Continental-French Civil Law (Developments and the Experience of Postmodernity in Canada)’ *Curentul Juridic* [The Juridical Current Journal, Tîrgu-Mureş] IX (2011) 1, No. 44, 24–47 & <http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_201101/recjurid111_2F.pdf>

ГЛОБАЛІЗАЦІЯ ЧЕРЕЗ ПРАВОВІ ТРАНСФЕРИ МАСОВІ ДІЇ, КРИТИКА, РОЗЧАРУВАННЯ

- ‘Jogátvitel, jogátvétel (Fogalmi elemzés napjaink globalista tendenciái tükrében)’ in Varga Csaba *Jogfilozófia az ezredfordulón* Minták, kényszerek – múltban, jelenben (Budapest: Szent István Társulat 2004), 69–97 [Jogfilozófiák] & ‘Jogi mintaadás egy globalizálódó korban’ *Társadalomkutatás* 24 (2006) 1, 33–60 & <<http://akademaii.om.hu/content/1787602k25l35871/fulltext.pdf>>
- ‘Reception of Legal Patterns in a Globalising Age’ in *Globalization, Law and Economy* Proceedings of the 22nd IVR World Congress, IV, ed. Nicolás López Calera (Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2007), 85–96 [ARSP Beiheft 109] / ‘Transfers of Law: A Conceptual Analysis’ in *Hungary’s Legal Assistance Experiences in the Age of Globalization* ed. Mamoru Sadakata (Nagoya: Nagoya University Graduate School of Law Center for Asian Legal Exchange 2006), 21–41 / ‘Transfer of Institutional Patterns: World Bank, Ethno-centrism, and New Challenges: A Case-study in Law’ *Central European Political Science Review* 13 (2012), No. 48, 25–60
- ‘Sur les Transferts juridiques: Une analyse conceptuelle’ [trad. de l’anglais Laélien Buridan] in *Ratio legis – ratio juris / Liber amicorum* Studia A. Tamás septuagenario dedicata, ed. András Gerencsér & Péter Takács (Budapest: Szent István Társulat 2011), 528–550 [Pro Publico Bono / Xenia / Bibliotheca Iuridica: Libri Amicorum 39] & <<http://drsabavarga.wordpress.com/2012/03/13/sur-les-transferts-juridiques-2011/>> & in <<https://ppke.academia.edu/CVARGA/Papers>> / ‘Les Transferts juridiques (Une analyse conceptuelle)’ *Revue libre de Droit* [Paris] (2014) in <[http://www.revue-libre-de-droit.fr/articles/CSABA_VARGA_LES_TRANSFERTS_JURIDIQUES_\(UNE_ANALYSE_CONCEPTUELLE\).pdf](http://www.revue-libre-de-droit.fr/articles/CSABA_VARGA_LES_TRANSFERTS_JURIDIQUES_(UNE_ANALYSE_CONCEPTUELLE).pdf)>, 98–124
- [пер. О. Кресін] **Порівняльне правознавство Науково-практичний фаховий журнал [Київ] 2012/1–2, 152–160 & <<https://ppke.academia.edu/CVARGA/Papers>>**
- ‘Перенос права (глобализация, действия масс, критика и разочарование)’ [пер. Е.Г. Самохина] in Чаба Варга *Загадка права и правового мышления* Избранные произведения; Сост. и науч. ред. М.В. Антонов (Санкт-Петербург: Издательский Дом «Алеф-Пресс» 2015), 335–344

ГЛОБАЛІЗАЦІЯ ЧЕРЕЗ ПРАВОВІ ТРАНСФЕРИ. МАСОВІ ДІЇ, КРИТИКА, РОЗЧАРУВАННЯ¹



Ч. ВАРГА

*доктор юридичних наук, почесний професор
і директор-засновник
(Інститут філософії права
Католицького університету Угорщини),
почесний професор-дослідник
(Інститут правових досліджень
Академії наук Угорщини)*

Центр уваги при дослідженні юридичних наслідків правових трансферів нині перемістився на правову культуру як засіб забезпечення права. У якості особливої протипаги це може допомогти подолати погляд на право як просто технічне явище, що забезпечує набір інструментів, знань та вмінь для розвитку певної правової культури.

1. Спеціальна термінологія

У своїй оригінальній роботі А. Ватсон² не дає жодного визначення свого концепту «правовий трансплантат». Він просто говорить про явище «переміщення норми» або «тривалого масового запозичення... норм». Значно пізніше, у відповідь на критику, він це деталізує. Нині він висловлює припущення, начебто із самого початку очевидним є те, що «трансплантована норма має іншу форму в новому домі», і що «позичають норму — не просто норму закону, а й інституції, правові концепти та структури». Фактично ж він заявив як проміжний висновок в своїй праці, що «право, як і технологія, є плодом людського досвіду. Хоча небагато людей задумувались про колесо з часу його винайдення, але його користь є очевидною і всі його використовують. Так і деякі важливі правові норми було винайдено окремими людьми або державами, але їх цінність зрозуміли, і самі норми було пристосовано для потреб багатьох країн» [1, с. 21, 107; 17, с. 2; 18, с. 95–100]. Переглядаючи власні більш ранні тези щодо суспільної інертності, нині він стверджує, що норми, які самі собою видаються дисфункціональними, можуть продовжувати застосовуватися юристами, соціалізованими у певній культурі, здатними через інтерпретацію навіть неадекват-

¹ Переклад О. Кресіна.

² Професор Алан Ватсон (нар. 1933 р.) — шотландський вчений-юрист, фахівець з римського права, порівняльного правознавства, історії права. Автор статті має на увазі найвідомішу працю А. Ватсона — книгу «Правові трансплантати: підхід до порівняльного права», опубліковану у 1974 р., присвячену аспектам взаємодії правових систем, зокрема, процесу рецепції права (усі примітки головного редактора).

© Ч. ВАРГА, 2012

ний формалізм трансформувати у схеми, що можуть прийнятно функціонувати на практиці.

Легран¹ веде постійну боротьбу на два фронти. Як критик Ватсона у сфері теорії, він відчув покликання попередити усіх про те, що кодифікації загального приватного права в Європейському Союзі через зближення між романо-германським і англо-американським правом, які бачаться об'єднаними в найближчому майбутньому, очікувати не варто. Легран вже досить давно схиляється до думки, що право, яке сприймається як норма, як просто об'єктивний текст, не можна зрозуміти без глибокого осягнення його культурної основи, яка надає йому значення та сенсу. Іншими словами, норма та домінуюча культура є взаємодоповнюючими аспектами одного явища, компоненти якого взаємодіють. В принципі, на кону дві цілком відмінні *юридичні ментальності*, які неможливо привести до спільного знаменника. Тому різницю у їх походженні та культурній основі не можна визначити миттєво вольовим рішенням чи резолюцією. Усі ці відмінності слід сприймати як конкретні умови, тому нові *параметри*, здатні подолати їх або змусити їх змінити характер свого розвитку, можуть лише бути результатом тривалого історичного розвитку, що створить нові умови.

Легран стверджував, що «норма ніколи повністю себе не пояснює», оскільки вона сама є нічим іншим як поверхневим явищем, не може нічого означати більше за себе. І якщо ми сприйматимемо норми як такі, що мають певне значення, у такому випадку трансплантація буде безнадійною справою із самого початку. Процес надання певного значення тексту, або визначення цього значення на основі тексту в новому середовищі зовсім не завершується самим актом фізичного перенесення форми, символу або тексту. Як він пише: «норма, що була “там”... сама собою не переміщується “сюди”». Це має означати, що на кону набагато більше. Немає сенсу переносити лише лінгвістичні знаки, які є нічим більшим ніж літерами. Коли ми намагаємося привити їх у іншому середовищі, вони набудуть нових значень, що будуть більш-менш незалежними від тих, які вони мали в своєму первинному середовищі. Відповідно, «саме запозичена форма слів, отже, швидко пристосується завдяки іманентній інтегративній здатності приймаючої культури». У підсумку — «*extra culturam nihil datur*», тобто ніщо не може бути дане поза культурою [2, с. 57–58, 61, 59, 62, 63].

На нашу думку, проілюструвати такий новий напрям певною мірою може така схема:

Правовий позитивізм	його розвиток	та поступова	трансцендентність
Порівняльне право	==> А. Ватсон	==> П. Легран	==> Порівняльні правові культури

У цій схемі напрямок руху окреслений від класичного «порівняльного права» на основі юридичного позитивізму з його підходом до права як нормативного тексту, й до «порівняльних правових культур», які передбачають, що дійсне значення права надається йому середовищем, яке його інтерпретує. Точніше кажучи, це послідовність, у якій Ватсону, з його рафінованою позитивістською осно-

¹ Професор Пьер Легран — відомий французький вчений-компаративіст, спеціалізується у сфері порівняльного вивчення правових культур світу. Є директором докторантури Паризького університету Сорбонна з порівняльних правових досліджень.

вою, а також Леграну, з його обґрунтуванням безумовності розриву з цією спадщиною, відводиться роль каталізаторів. Інакше кажучи, метою та результатом (успіх у дебатах *hic et nunc* (тут і зараз)) Леграна було теоретичне формулювання контр-концептуалізації (чи відкинення цієї концептуалізації — до краю, щоби вона більше не застосовувалася).

Радикально протилежна до цих двох позицій, думка Тюбнера¹ видається цілком обґрунтованою: ідея «трансплантації» із її садівничим підтекстом із самого початку вводить усіх в оману, оскільки вона діє за принципом «Усе або нічого!», в той час як події на кону неможливо передбачити. «Правові подразники... запускають еволюційну динаміку, в якій зовнішнє значення норми буде реконструйоване, а внутрішній контекст зазнає фундаментальних змін» [3, с. 12]. Тобто, «подразники» «запустять» щось таке, що фактично більше не буде своїм ані тут (у світі донора), ані там (у світі реципієнта). Це означає, що трансплантат є чужорідним тілом, що було вклинене у поточні процеси з раціональних мотивів, спираючись на його очікувану здатність стимулювати місцеві сили активізувати дії та реакції. Відповідно, *трансплантат* нині постає перед абсолютно неочікуваним майбутнім, у яке неможливо втрутитись. Тому як нову складову набору правових інструментів його можна *довільно* використовувати та/або *саботувати* (або ж зловживати та неправильно застосовувати) у будь-який спосіб.

Тим не менше, все ж таки правда, що через «еволюційну динаміку» він включив до процесу новий фактор. «Доля» певної норми може перебувати у центрі нашого аналізу лише якщо ми оцінюємо процес із телеологічної точки зору, але це не так. Навіть за умови, що в процесі було використано лише такий інструмент, як *трансплантат*, ми маємо справу не лише з ним, а з певною культурою, яка його створила.

З огляду на усе вищезазначене можна сказати, що правильно інструмент може застосовувати лише його перший хазяїн. Три десятиліття тому автор висловив думку, що це слід якось пояснити: «право можна порівняти з людськими технологіями. Впродовж усієї історії вони виникають у певному середовищі у відповідь на конкретні потреби. Однак, коли вони з'явилися, їх починають використовувати також поза первісними умовами їх виникнення, у різних контекстах, як спільну культурну спадщину людства. А це означає, що право є відносно відкритим елементом великого *технічного* набору інструментів у суспільному *Gesamtprozess* (всезагальному процесі)».

2. Проблемні сфери

А. Контрасти

В результаті піднесення після Другої світової війни почали поширюватися різні форми правових трансферів. Тим не менш, як у випадку з державами, що почали будувати власні незалежні правові системи по закінченню колоніального підпорядкування, так і у випадку з іншими афро-азіатськими та латиноамериканськими державами, що намагалися позбутися спадщини, яка гальмувала

¹ Гюнтер Тюбнер (нар. 1944 р.) — німецький вчений, фахівець у галузях порівняльного правознавства та соціології права, який спеціалізується, зокрема, на дослідженні взаємодії правових систем і є автором теорії «правових подразнювачів».

їх розвиток, напрям прогресу був спершу заданий під гаслом «європеїзації», потім дедалі більше «вестернізації» та пізніше — «модернізації», однозначно позначаючи капіталістичні економічні та інституційні форми та відповідні моделі мислення. А оскільки Радянський Союз став імперським центром не лише у військовій сфері, а й як експансивна влада, що прагне гегемонії, поширення його влади за межі центрально- та східноєвропейського регіону на країни «третього світу» практично дорівнювало експорту радянської моделі «соціалізму». Все це до того, що поділ світу на два монолітні силові блоки протягом холодної війни також включав ідеологічний поділ світу на дві частини. У нашому й досі заідеологізованому світі, що точно характеризується нео-утопізмом програми «кінця історії» Фукуями¹, більшість запланованих правових трансферів мають на меті експорт норм *in toto* (в цілому) чи частково виключно як інструмент опосередкованого домінування. Оскільки в цілому це має на меті тотальне втягнення конкретних держав (ідеологічно, політично, економічно, організаційно) до одного чи іншого (колишнього або існуючого) силового блоку через впровадження його правового етосу, світогляду та інституціоналізації (з однаковими нормами та іншими структурними елементами, або якимось чином адаптованими до місцевих умов).

На відміну від століть ідеологічної незацікавленості (від рецепції римського права, крізь японську правову модернізацію та турецьку секуляризовану кодифікацію до «фантазійного права» Цивільного кодексу Ефіопії, прийнятого 1960 р.), коли реформ прагнули досягти шляхом прийняття певних норм переважно без ідеологічного підтексту [4; 19], протягом останніх десятиліть більшість правових реформ на основі зовнішніх моделей наче управляється якимось тоталізуючим *Gesamtplan* (всезальним планом), проштовхуються з «місіонерською зарозумілістю» [5] як цивілізуючі зусилля в контексті нової ідеології. Саме так історія права від звичайного опису норм у минулому нині прийшла до повторного застосування всезагальних моделей з брутальною метою адаптувати у країнах третього світу цілу соціальну філософію, включаючи погляди, концептуальні моделі та інституції. (Сучасну американську практику часто зображують як найгіршу серед таких процесів, оскільки вона зовсім не звертає увагу на те, наскільки насправді ідеологічним є пропонувати таку відправну точку, представляючи прийняття американських форм як панацею, забуваючи про труднощі та певні перешкоди при реалізації останніх на практиці [6]).

Б. Критика

Яскравим прикладом може бути те, як американський рух «Право та розвиток» намагався через масштабний проект, який так і не вдалося реалізувати, перетворити величезний латиноамериканський субконтинент на маленьку копію Північної Америки. Ту легкість, з якою експортери презентували власний устрій як виключно вартісну та життєспроможну модель цивілізації для всього людства, зараз заслужено критикують. Немає жодних сумнівів, що за усім цим прослідувало величезне розчарування при жалюгідних результатах. Оскільки нині американську мрію безсторонньо розглянуто, роздягнуто і переоцінено, публіка починає розуміти характер примітивного механічного світогляду, що

¹ Френсіс Йоширо Фукуяма (нар. 1952 р.) — американський вчений — політолог та економіст. Його найвідомішою працею, на яку посилається автор статті, є книга «Кінець історії та остання людина» (1992 р.), присвячена, зокрема, наслідкам поширення у світі ліберальних ідей.

лежить в її основі, в рамках якого право та правові норми є автономним конструктором, а отже їх можна трансплантувати; більш того, аналіз також показує, що «жодна інша держава не використовує юристів та правові інституції так активно і експансивно», оскільки «фактично в жодній країні судові процеси не є інструментом суспільних трансформацій». Це означає, що Сполучені Штати Америки «є майже унікальними в тому, якою мірою вони доручають загальний правотворчий процес... судам». Або, простіше кажучи, політичне життя США сповнене заперечення (перемога завжди та будь-якою ціною) реальних проблем та їх вирішення. У світлі «небажання американських політиків приймати рішення, що можуть коштувати їм голосів», ця особливість, що формує негативний баланс протиріччя, пояснює, наприклад, причину того, чому «саме суди... виконують роль захисника меншості від політичної більшості». Внаслідок того, що все це складає конкретне історично сформоване середовище, «чинники, що є в його основі,... не можна відтворити в іншому місці» [7, с. 782–784].

Крім того, поза цими фактами пропонувалася певна модель культури. Вона з самого початку позиціонувалася як вища за інші, пихата за своєю ментальністю, схильна перебільшувати власні переваги та вигоди. Тому не випадково, що ініціативу постачати модель культури засудили як таку, що має на увазі «привілейований статус» зі «штучно сформованим привілейованим доступом до влади», разом із «прихованою перевагою свого “розвитку” над зарубіжним “недорозвиненим” досвідом», при якому одним з головних чинників було «незнання місцевої культури та суспільства». Звинувачення стає ще важчим через те, що це невігластво було безвідповідальним та цинічним, відзначеним з самого початку «відносним імунітетом» щодо практичних результатів [8, с. 555].

А тому остаточний баланс може бути руйнівним. Відповідно, «рух права та розвитку був значним чином неправильно спрямованим...: безрезультатним, а може навіть шкідливим як технічна допомога, та другорядним у науковому плані» [9, с. 18]. Отже, після комплексної суспільної та політичної оцінки цього процесу залишається пам'ять про колишнє підкорення через експлуататорські торговельні відносини та захоплення земель («Колоніальні сили намагалися знищити культурні моделі традиційних суспільств значною мірою тому, що більшість їх основних функцій не давали прибічникам традицій підпорядковуватись соціальним, екологічним та духовним імперативам короткострокових економічних цілей колоніальної економіки..., молодь була позбавлена традиційного знання, яке одне могло зробити з них повноправних членів їх суспільств» [10, с. 285]) та розуміння того, що колоніальна епоха, можливо, не скінчилася, оскільки сучасні юридичні модерністи можуть бути такими самими юридичними «торговельними агентами», які, починаючи з XVII ст., боролися за прибуток торговельних компаній [11].

В. Альтернативи

Все це означає, що питання поступово підіймається до рівня соціальної політики, акцентуючи увагу на природі глобалізації. Зрештою, чи ми поводитимось самозакохано, нав'язуючи власні традиції іншим, чи ми можемо без думки про себе підтримати будь-які зарубіжні народи, допомагаючи їм знайти власний шлях оптимального розвитку? Наш інтерес зумовлений звичайним егоїстичним прагненням більшої влади чи бажанням допомогти? Зрештою, яким моделям

ми надаємо перевагу: майстерності гіпнозу циркача чи смиренності садівника, що завжди дає раду всьому? Може бути нелегко протистояти спокусі першої моделі, проте лише той шлях, що вказує на уроки із досвіду, може бути успішним протягом тривалого часу.

Як приклад можна навести декілька дилем нашого часу, що були виокремлені Світовим Банком. Може так статися, що верховенство права, засноване на правах людини, яке є загально визнаним у Сполучених Штатах, лише дестабілізує суспільство, якому бракує ресурсів. Або інший приклад. Через брак вимоги культури щодо перетворення права з імперативного інструменту прямого втручання держави на нейтральний посередник між рівними сторонами ділове життя може стійко відкидати навіть найменші спроби реформувати старе право (або взагалі зачіпати право). Західний ідеал права може виявитися дефективним через залежність від випадкових історичних особливостей, щойно буде встановлено, що запровадження ринкової економіки може конфліктувати з демократизацією, оскільки воно може розділити суспільство, надаючи перевагу меншинам, які звикли робити бізнес за будь-яких умов, або через те, що демократія може дуже сприяти корупції, або тому що замість якогось конкретного верховенства права (воно є невизначеним та заплутаним) можна поставити перед собою лише часткові цілі, нагадуючи при цьому нам про потребу протистояти нав'язуванню всеохоплюючих ініціатив, які в тривалій перспективі обов'язково підірвуть стабільний розвиток [12; 20; 21; 22; 23].

Таким чином, вже відбулася концептуальна зміна — пропонується, наприклад, поступовий прогрес через врівноваження браку цілої низки всеохоплюючих нормативно-правових масивів, які можна було б трансплантувати, суворим кримінальним правом та послабленням наголосу на громадянських свободах, або подолати межі старого (соціалістичного) права у кілька етапів, починаючи з базових, рудиментарних та фундаментальних основ, наприклад, права власності, договірного та підприємницького права, а потім (після того, як вони вкореняться) вдосконалити правове регулювання їх соціальних, екологічних, анти-монопольних та інших наслідків [13; 24].

3. Висновки

Таким чином, ми дійшли до практичної ілюстрації наших теоретичних висновків: заохочувати лише самостійний розвиток культури. Оскільки спостерігач, якщо сприймає обидва напрями, може знати (і також емпірично узагальнити), що небагато законів розробляють, ще менше реалізують, і майже жоден із них не спонукає до встановленої поведінки, оскільки розробники схильні до однієї із трьох контрпродуктивних стратегій: формування законів як компромісного результату торгів між інтересами груп, застосування кримінального закону з метою ліквідації певної проблеми, копіювання зарубіжного закону. Для вирішення проблеми зарубіжні консультанти мають бути не нормотворцями, а помічниками місцевих нормотворців у розвитку власного нормотворчого потенціалу. Адже, зрештою, доля модернізуючих реформ залежить від волі певної системи. Більш того, середовище останньої може визначити надалі долю права [14; 25; 26; 27]. Саме ця думка може допомогти окреслити напрями, школи та тематичні інтереси, в рамках яких у

майбутньому можуть розвиватися історико-порівняльні та теоретичні дослідження [15; 28; 29].

«Тому краще спочатку дізнатися про потреби ґрунту та живі обставини, а потім можна кликати садівника» [16].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Watson A.* Legal Transplants. — 2nd ed. — Athens, Ga. : University of Georgia Press, 1993. — XVI — 121 p.
2. *Legrand P.* What «Legal Transplants»? // *Adapting Legal Cultures / The Oñati International Institute for the Sociology of Law* ; ed. D. Nelken, J. Feest. — Oxford : Hart Publishing, 2001. — P. 55–70.
3. *Teubner T.* Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences // *The Modern Law Review*. — 1998. — Vol. 61. — No. 1. — P. 11–32.
4. *Varga Cs.* Codification as a Socio-historical Phenomenon. — 2nd ed. — Budapest : Szent István Társulat, 2011. — VIII — 431 p. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <<http://drsabavarga.wordpress.com/2010/10/25/varga-codification-as-a-socio-historical-phenomenon-1991/>>
5. *Gardner J. A.* Legal Imperialism. American Lawyers and Foreign Aid in Latin America. — Madison : University of Wisconsin Press, 1980. — XII — 401 p.
6. *Carothers Th.* The Rule of Law Revival // *Foreign Affairs*. — 1998. — Vol. 77. — No. 2. — P. 95–106. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <<http://www.carnegieendowment.org/publications/index.cfm?fa=view&id=165>>
7. *Franck Th. M.* The New Development : Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries? // *Wisconsin Law Review*. — 1972. — Vol. 12. — No. 3. — P. 767–801.
8. *Zagaris B.* Law and Development of Comparative Law and Social Change : The Application of Old Concepts in the Commonwealth Caribbean // *University of Miami Inter-American Law Review*. — 1988. — Vol. 19. — No. 3. — P. 549–593.
9. *Merryman J. H., Clark D. S., Friedman L. M.* Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America. A Handbook of Legal and Social Indicators for Comparative Study. — Stanford: Stanford University Press ; Dobbs Ferry, New York : Oceana, 1979. XVI — 618 p. [Stanford Studies in Law and Development].
10. *Goldsmith E.* The Way. An Ecological World View. — London : Rider, 1992. — XXII — 442 p.
11. *Greenberg D. F.* Law and Development in Light of Dependency Theory // *Research in Law and Sociology. An Annual Compilation of Research*. — Greenwich, Conn. : JAI. — 1980. — Vol. 3. — P. 129–159.
12. *Mattei U.* The New Ethiopian Constitution : First Thoughts on Ethnical Federalism and the Reception of Western Institutions // *Transplants, Innovation, and Legal Tradition in the Horn of Africa* / ed. by E. Grande. — Torino : L'Harmattan Italia, 1995. — P. 111–129.
13. *Posner R. A.* Creating a Legal Framework for Economic Development // *World Bank Research Observer*. — 1998. — Vol. 13. — No. 1. — P. 1–11.
14. *Cooter R. D.* The Rule of State Law and the Rule-of-Law State : Economic Analysis of the Legal Foundations of Development // *Annual World Bank Conference on Development Economics 1996*. — Washington : The World Bank, 1997. — P. 191–217.
15. *Varga Cs.* Law and Philosophy. Selected Papers in Legal Theory. — Budapest : ELTE «Comparative Legal Cultures» Project, 1994. — XI — 530 p. [Philosophiae Iuris]. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <<http://drsabavarga.wordpress.com/2010/10/25/varga-law-and-philosophy-%E2%80%93-papers-in-legal-theory-1994/>>
16. *Varga Cs.* Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: Gardening versus Mechanisation // *Rule of Law Promotion. Global Perspectives, Local Applications* / ed. by P. Bergling, J. Ederlőf, V.L. Taylor. — Uppsala : Iustus Förlag, 2009. — P. 213–230 [Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet Nr 21].
17. *Watson A.* Legal Transplants and European Private Law // *Electronic Journal of Comparative Law*. — 2000. — Vol. 4. — No. 4 [Ius Commune Lectures on European Private Law 2]. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>
18. *Watson A.* Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. — Edinburgh : Scottish Academic Press, 1974. — XIV — 106 p.
19. *Varga Cs.* Codification at the Threshold of the Third Millennium // *Acta Juridica Hungarica*. — 2006. — Vol. 47. — No. 2. — P. 89–117 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <<http://www.akademiai>

- com/content/cv56191505t7k36q/fulltext.pdf>; <<http://law.sfu-kras.ru/finish/30/103-codificationon-thethresholdofthethirdmillennium.html>>
20. *Hendley K.* Legal Development in Post-Soviet Russia // *Post-Soviet Affairs*. — 1997. — Vol. 13. — No. 3. — P. 228–251. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.law.wisc.edu/m/ndqyz/legal_devmt.pdf>
 21. *Chua A. L.* Markets, Democracy, and Ethnicity : Toward a New Paradigm for Law and Development // *Yale Law Journal*. — 1998. — Vol. 108. — No. 1. — P. 1–107.
 22. *Pan W.* Democracy or Rule of Law? China's Political Future. Report on the Conference on China's Political Options, Vail, Col., 19–21 May 2000. [Рукопис].
 23. *Toope S. J.* Programming in Legal and Judicial Reform. An Analytical Framework for CIDA Engagment. Conference report (1997) [Рукопис].
 24. *Waelde T. W., Gunderson J. L.* Legislative Reform in Transition Economies : Western Transplants — A Short-Cut to Social Market Economy Status? // *International and Comparative Law Quarterly*. — 1994. — Vol. 43. — No. 2. — P. 347–378.
 25. *Making Development Work. Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance* / ed. A. Seidman, R.B. Seidman, Th.W. Walde. — Kluwer Law International, 1999.
 26. *Seidman R. B.* The State, Law and Development. — New York : St. Martin's Press, 1978. — 483 p.
 27. *Olden J. V.* Legal Development Cooperation : Transplanting or Transforming Legal Systems // *Legal Development and Corruption*. CILC Seminar in Tribute for Jan Van Olden, The Hague, Dec. 10, 2002. — P. 8–12. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <www.cilc.nl/seminar-publication/>
 28. *Varga Cs.* Transition to Rule of Law. On the Democratic Transformation in Hungary. — Budapest : ELTE «Comparative Legal Cultures» Project, 1995. — 190 P. [Philosophiae Iuris]. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <<http://drsabavarga.wordpress.com/2010/10/24/transition-to-rule-of-law-on-the-democratic-transformation-in-hungary-1995/>>
 29. *Varga Cs.* Transition? To Rule of Law? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe. — Pomáz: Kráter, 2008. — 292 p. [PoLiSz sorozat könyvei 7]. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <<http://drsabavarga.wordpress.com/2010/10/25/varga-transition-to-rule-of-law-%E2%80%93-constitutionalism-and-transitional-justice-challenged-in-central-and-eastern-europe-2008/>>

Варга Ч. Глобалізація через правові трансфери. Масові дії, критика, розчарування

Анотація. В епоху глобалізації рецепція зарубіжних нормативно-правових актів стала поширеним явищем, в той час як наукова розробка питання правових наслідків цього процесу ледь встигає за останнім. Найважливішою потребою є подолання правового позитивізму, що визначає право як прийняту норму через визнання середовища інтерпретації права та всієї правової культури в основі права. Зважаючи на вперте самоствердження інтересів на фоні цього, питання полягає в тому, чи ми поведимося самозакохано, нав'язуючи власні традиції іншим, чи ми можемо допомогти чужій культурі знайти власний шлях до оптимального розвитку? Яким моделям ми надаємо перевагу: майстерності гіпнозу циркача чи смиренності садівника, який безперервно дає всьому раду? Доля модернізуючих правових реформ зрештою залежить від вибору, який робить відповідна система. Тому краще спочатку дізнатися особливості ґрунту та живі обставини, а вже потім кликати садівника.

Ключові слова: правовий розвиток, модернізація права, рецепція права, правовий глобалізм, правовий імперіалізм, право як норма, право як культура.

Варга Ч. Глобализация через правовые трансферы. Массовые действия, критика, разочарование

Аннотация. В эпоху глобализации рецепция зарубежных нормативно-правовых актов стала распространенным явлением, в то время как научная разработка вопросов правовых последствий этого процесса едва успевает за последним. Важной необходимостью является преодоление правового позитивизма, который определяет право как принятую норму через признание среды интерпретации права и всей правовой культуры в основе права. Учитывая упорное самоутверждение интересов на фоне этого, вопрос заключается в том, ведем ли мы себя самовлюбленно, навязывая собственные традиции другим, можем ли мы помочь чужой культуре найти собственный путь к оптимальному развитию? Каким моделям мы отдаем предпочтение: мастерства гипноза циркача или смиренности садовника, который непрерывно дает всем совет? Судьба модернизирующих правовых реформ в конечном итоге зависит от выбора, который делает соответствующая

система. Поэтому лучше сначала узнать особенности почвы и живые обстоятельства, а потом звать садовника.

Ключевые слова: правовое развитие, модернизация права, рецепция права, правовой глобализм, правовой империализм, право как норма, право как культура.

Varga Cs. Globalisation Through Legal Transfers. Mass Action, Criticism, Disillusionment

Summary. In the age of globalisation, the issue of legal effects ending in the reception of complete texts has become a widespread phenomenon while its scholarly elaboration hardly keeps pace with this. Its most significant feature is the need of transcending legal positivism identifying law as an enacted rule through acknowledging the law's interpretative medium and the entire legal culture behind law. With regard to the obstinate self-assertion of interests in the background, the question itself is whether can we act narcissistically, inflicting our traditions on others, or can we help any alien culture to find its own way to optimum improvement? Which pattern do we prefer from among the stunt of will transference by a circus showman or a gardener's humility attending all round at all times? Ultimately the destiny of the modernising reform is up to the selective force of the targeted system, determining the law's eventual fate. Therefore it is better to find out first what the soil and its living milieu need, and the gardener may also come afterwards.

Key words: development, modernisation and reception of law, legal globalism and imperialism, law as rule and as culture.

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

ПРАВОВА ДОКТРИНА МЕТОДОЛОГІЯ ТА ОНТОЛОГІЯ

‘Jogdogmatika, avagy *jus, jurisprudentia* és társai – tudományelméleti nézőpontból’ & ‘Jog», «jogtudomány», «tudomány» – lét- és ismeretelméleti nézőpontból (Viszontválasz)’ & ‘A dogmatika természetét illető kutatások lehetséges hozadéka (Hozzászólás)’ in *Jogdogmatika és jogelmélet* A Miskolci Egyetem és a Miskolci Akadémiai Bizottság által 2006. november 10-én és 11-én rendezett konferencia anyaga, szerk. Szabó Miklós (Miskolc: Bíbor Kiadó 2007), 11–26 & 68–80 & 241–251 [Prudentia Iuris 26] & in Varga Csaba *Elméleti jogtudomány* Körkép, dilemmák, útkeresések (Budapest: Pázmány-Press 2017), 163–180 & 181–195 & 197–208 [Tanulmányok 36] & <<http://mek.oszk.hu/17900/17995/17995.pdf>>

коментар: Bódig Mátyás ‘Jogdogmatika és jogtudomány’ & Györfi Tamás ‘A jog fogalmi rendszere és az indokok dogmatikája’ & Cserne Péter ‘Jogdogmatika versus policy’ in *Jogdogmatika és jogelmélet*, 27–38 & 39–57 & 58–67

‘Law and its Doctrinal Study (On Legal Dogmatics)’ *Acta Juridica Hungarica* 49 (2008) 3 & <http://real-j.mtak.hu/763/1/ACTAJURIDICA_49.pdf>, 253–274 & <<http://www.akademiai.com/content/g352w44h21258427/>> & <https://www.researchgate.net/publication/250978914_Law_and_its_doctrinal_study_On_legal_dogmatics> / ‘Legal Dogmatics: Methodology and Ontology’ *Law of Ukraine Scientific-practical Professional Journal* [Kiev] 2011/11–12, 82–90

Право України Юридичний журнал [Київ] 2011/8, 99–108 & <<http://www.info-prensa.com/article-1192.html>> & <<http://referat-ok.com.ua/pravo/pravova-doktrina-metodologiya-ta-ontologiya>>

‘Правовая доктрина: Методология и онтология’ [пер. А.В. Кресин] *Право Украины Юридический журнал* [Київ] 2011/11–12, 94–103 & in Чаба Варга *Загадка права и правового мышления* Избранные произведения; Сост. и науч. ред. М.В. Антонов (Санкт-Петербург: Издательский Дом «Алеф-Пресс» 2015), 44–55

ПРАВОВА ДОКТРИНА: МЕТОДОЛОГІЯ ТА ОНТОЛОГІЯ



Ч. ВАРГА

*доктор наук, професор,
науковий радник Інституту правових
досліджень Угорської академії наук,
директор Інституту філософії права
Католицького університету Угорщини*

1. Правова доктрина у науково-теоретичній перспективі

Доктринальне тлумачення норм права є не науковим напрямом, а певною мірою пошуком, і результатом такого пошуку є формулювання власної доктрини.

Навряд чи можна знайти більш вичерпне проголошення різних можливих проявів права, ніж те, що зроблене з урахуванням різноманіття «мови права». Відповідно, з одного боку, є право, а з другого — застосування права, і між ними знаходиться доктринальне тлумачення норм права та юриспруденція з їх відповідними мовами [1]. Іншими словами, ми маємо право в книгах, матеріал книг із нормативністю, що впливає з його дійсної позитивації, і ми також маємо право у дії, що складається з серії узагальнень на основі колишнього у вигляді актуальних рішень для перетворення позитивних правил на практичну реальність у межах соціального розуміння встановленої примусової сили закону в суспільстві. Останній як втілення очікуваного, таким чином, також є реальністю, тоді як він продовжує представляти своєрідну нормативність, а також здатний створювати нормативні

ефекти побічно. У галузі права, логічно кажучи, між і над цим немає нічого іншого, ніж просто слова (слова-дії), які використовуються, щоб представляти та керувати ними в дискурсі поводження з ними та їх обробки, що формує метасистему шляхом їх перетворення на вищому системному рівні. Насправді сама мета проведення цього дискурсу полягає саме в цій метасистемі: виявити і створити — в межах догматичного підходу — зміст, що, як вважається, прихований за авторитетно виявленими номінальними формами права; зміст, який може бути витлумачено як організовану узгоджену систему з допомогою інструментів лінгвістично-логічного аналізу. Метою такої концентрації на створенні ряду наукових повторних подань є визначення «суттєвих» кореляцій у словесних проявах влади права зі своїм феноменальним вираженням.

Важливо розуміти, що право і його застосування тут розуміються як два різні компоненти, які доповнюють або конкурують один з одним. Відповідно, ці два компоненти повинні бути досліджені як частини єдиної та інтегрованої системи.

Все це означає, що доктринальне тлумачення норм права теж є, на

© Ч. Варга, 2011

відміну від належної академічної сфери, власне практичною дією. Це частина, розширення, завершення, і збільшення практики, яка розглядає — штучно — незалежно від певної текстової форми, право як втілення самого права, викликаючи всі правові (*ius*) аспекти з викладеного у тексті закону (*lex*), тим самим розглядаючи останній як відправну точку всіх починань і теоретичних розробок, тобто всіх рефлексивних інтелектуальних проявів у законі. Усвідомлюючи помилковий характер будь-якої текстової форми, правознавці намагаються робити мовно-логічні проекції (разом із системною інтерпретацією) на такі тексти, і тим самим вони неминуче також проводять їх критичний аналіз, підвищують чіткість внутрішніх передумов, вирішують приховані суперечності, заповнюють очевидні прогалини і розшифровують значення (або у вузькому сенсі дають професійне тлумачення) їхніх термінів і понять разом з єдиною логікою, а потім створюють когерентну логічну систему на основі, і як кінцевий результат всіх зазначених вище процесів, вони відіграють роль у розвитку права, в його своєчасному завершенні.

Більшість наших великих оперативних систем (наші заводи, мости, гідроелектростанції, як і наші комп'ютерні потужності) колись були розроблені науковими талантами, тим не менше, пов'язані з ними результати не є предметом науки, а в кращому випадку мають суто практичне застосування, що виникає внаслідок об'єднання науки і деяких результатів інших форм людського розуміння. Відповідно, доктринальне тлумачення норм права не лише «когнітивно визнає», а надає складнішу, лінгвістично-логічно організовану, і тим самим більш високого рівня форму зовніш-

нім проявам, які в іншому випадку мають сенс лише внутрішньо, і пов'язані з його певним довільним зовнішнім оформленням. Отже, кожен результат доктрини може бути перевіреним чи сфальсифікованим. Ми повинні зробити наше навколишнє середовище придатним для життя, очистити наші речі, і це знак ретельної практики та гарної практичності.

Таким чином, розвиток правової доктрини є практичним кроком у напрямку констатованого позитивізму геометричного співвідношення «право — ідеал», яке оминає просте визначення права, що в усіх його пробних формах залишається умовним. Іноді, звичайно, цей процес може бути більш жорстким, проте не може досягти такого ступеня кореляції, еквівалентності та системної узгодженості або аксіоматичної суворості [2], які за самою своєю природою виключають можливість інших видів (ре)конструкції.

2. Процес просування концептуалізації

Таким чином, коли ми концептуалізуємо наявний мовний матеріал за принципом певної правової системності, ми фактично створюємо певний таксономічний локус/локуси, що складається з того, що являє/являють собою в основному випадкове слово/слова, яке використовується/використовуються через відсутність кращого способу комунікації. Проте цей спосіб формування таксономічних одиниць потенційно підлягає постійним змінам і руху, оскільки відповідь на запитання про те, що і де (на якому рівні), стає в результаті демаркаційним пунктом (тобто таксономічним ідентифікатором) і зумовлюється, серед інших речей, певною внутрішньою динамікою та залежить від певних коливань; і питання про те, що буде

функціонувати як саме те, що буде визначене всім контекстом системи (наприклад, проста функціональність того, що може використовуватися як правило або принцип, або те, як ті самі слова, що використовуються в різних галузях, дійсно можуть мати різні значення) [3]. Аналогічним чином, саме вся система зазнає потенційного ризику у результаті концептуального поділу, класифікації, категоризації, ієрархізації в результаті розумових операцій. Тим не менше, це не той випадок, коли просто слова перетворюються на поняття*, а потім надалі зазнають маніпуляцій у межах певного логічного ланцюга; в основі питання лежить швидше те, що все це може служити в якості будівельних блоків і фундаментів для метасистеми, властивості якої будуть визначені за допомогою їх інтеграції у цю метасистему. Крім того, саме така метасистема є більш умовною; відповідно, вона потенційно може бути різною (по-різному виконуватися і тлумачитися), хоча й базується на тому самому матеріалі.

Це, звичайно, занадто спрощений підхід, якщо уявимо біполярне існування, де на одному кінці є «речі мови», одягнені в її певну форму в будь-який момент часу, а на іншому кінці — правова доктрина як своєрідне передбачення минулого в мантию «юридичної таксономії». Проте насправді вони можуть бути зображені як плинні хвилі, що завжди розташовуються на протилежних полюсах своєрідного об'єднання буття». Як тільки у нас є «право», його перше аналітичне розуміння призводить до появи певної «доктрини», і як тільки це розуміння переноситься в догматичну сферу, його перше практичне застосування, у свою чергу, також сприяє утворенню

багатої юридичної якості. Отже, незалежно від виявленого просування, це право і його догматична складова виявляються взаємно зумовленими. Роблячи свій вибір за наявності альтернативи, вибираючи відповідно до уподобань, приймаючи одну з кількох різних (конкуруючих) концептуалізацій, і вибираючи певну технічну процедуру понад іншою, це завжди збільшує випадковість певного доктринального варіанту; водночас, незважаючи на одні й ті самі ознаки, більш широкий контекст політичних зусиль, спрямованих на право чи громадський порядок-ідеали, що проявляється у праві, може також повторно утверджувати догматичні домовленості на вищому таксономічному рівні.

Однак така протидіюча хвилюподібна динаміка, що утворюється між правом і його доктриною, не тільки виступає як постійно діюча релятивістська сила, яка робить право залежним від доктрини і навпаки, а також запобігає утворенню такого статичного стану, при якому не може бути будь-якого розумного обговорення системної незмінності, фіксованого стану сталості, або навіть певної кінцевої лінгвістично-логічної еквівалентності. Таким чином, ми можемо звертатися лише до системного характеру фактичного стану або його герметичності. Незалежно від того, яких великих успіхів континентальне цивільне право (набір правил, що стають нормативними також через свою доктрину шляхом повторного встановлення як сфери взаємозалежних норм) досягло на шляху відокремлення від традицій класичного римського права, щось подібне в результаті сталося в англосаксонському загальному праві, де метод розрізнення у прецедентному

* Це те, що я вже намагався показати, коли стверджував, що поняття «правило» є загальним для всіх постулатів у західному праві, в той час як поняття «норма» є специфічним тільки для континенту [4].

праві може призвести до переосмислення повідомлення, яке може бути розшифроване при переоцінці у світлі будь-якого по-новому представленого конкретного випадку. Точніше, тлумачення права суддею («проголошення, що таке право») завжди зумовлюється в кожному конкретному випадку оцінкою попередніх рішень, коли фактична судова оцінка фактів може змінити повідомлення, представлене за допомогою прецедентів.

Отже, доктрина, з одного боку, виконує обіцянку повноти, а з другого — завжди має минутий характер, тому що в будь-який момент часу знаходиться лише в стані розвитку. Незалежно від ступеня завершеності її концептуальної структури щодо вирішення конкретних практичних проблем, вона як і раніше проявляється у випадкових відповідях; і це теж відповідно означає, що — подібно до англійського права — вона надає лише приклади, і з самого початку передую очікуванням вичерпної повноти. Інакше кажучи, вона має відкриту текстуру, оскільки несе потенціал того, що «це також могло бути інакше», навіть якщо це ще не трапилося або вже не може стати чимось іншим. Однак, з тієї ж причини, і це є іншим полюсом подвійної природи доктрини, у будь-який час вона стверджує, що кінцева і остаточна (самозачинення) у своєму певному стані, хоча, ймовірно, вона може відкритися вже на наступний день, вона може бути незмінною на-завжди як, власне, вічність.

Нарешті, є ще один фактор системності юридичної доктрини. Зокрема, навіть її відносна сталість є лише питанням реконструкції, функції вибраної точки зору. Ймовірно, можна знайти фіксовані структурні точки у системі, що несе обіцянку залишитися незмінною з часом тільки за умови, що

ми ототожнюємо корінь сталості в її логічній природі як системну аксіому. Тим не менше, колись — так само, як з теологіями, побудованими на одкровеннях, які є моделями для дослідження доктринального тлумачення норм права [5], — починаючи пошук декодування, розуміння або осмислення поза авторитетністю священного тексту [6], ми повинні визнати, що стикаємося з прогресивним ланцюгом розвитку.

3. Ідеальність проти практичності у правовій системності

Якщо ми щось розуміємо, це розуміння може лише впливати з того факту, що ми вже маємо здатність інтелектуально підкорити предмет нашого теоретичного дослідження за допомогою категоризації та класифікації, тобто шляхом його порівняння з чимось вже розтлумаченим і таким, що піддається відносній ідентифікації та диференціації. Або, з одного боку, ми маємо інтелектуальний *facultas* опрацювати, а з другого боку, ми володіємо результатами попередньої обробки (як експерименту). Отже, ми вже маємо певний ступінь рутинної (і значною мірою також підтвердженої) практики, на основі якої таке *comparatio* може бути здійснене досить ефективно.

Завжди існують теоретичні можливості, але право не є і не може бути ідеалістично досконалою, завершеною і замкнутою системою, оскільки саме право є практичною дією, відповіддю, даною на конкретні проблеми, і, таким чином, зразковим утворенням, що створюється шляхом нормативного приписування перспективних цілей ретроспективним основам. Коли мудреці розмірковували над всебічним описом світу з точки зору законів природи, вони могли постулювати передбачуване існування «математичного значення» усередині системи як чо-

гось, що неминуче впливає з їхнього всебічного вивчення природи економічних процесів. Однак оскільки вони також швидко це визнали, ніякий великий ступінь розуміння не є реальним через постійно мінливе розташування нескінченної кількості гравців та інших відповідних чинників, які повинні зробити систему надто складною для людського розуміння, щоб бути на рівні (відповідно, це може пізнати тільки Бог [7]). Хоча вони і справді взяли на себе завдання зробити спробу реалізувати своєрідний ідеал, вони також погодилися з передбачувано неминучою поразкою їхніх зусиль, спрямованих на безпосередню реалізацію цього завдання. Відповідно, навряд чи ми можемо зробити більше в будь-якому конкретному випадку, ніж прагнути до наступного завдання, намагаючись таким чином надати сенс нашій присутності тут, на цій планеті.

4. Концептуалізація, систематизація, догматизація

Римське право в основному «просло» з італійського «насіння», і його поширення протягом століть мало результатом розробку двох основоположних понять на європейському континенті, а також дало змогу встановити, що ідеальне *ius* походить від *lex* і тому неявно містить обидва компоненти.

Перше і найголовніше те, що постулює законодавець, є власне право, всеохоплююче, вичерпне та ексклюзивне. Це загальне ментальне ядро, на яке покладалися на самому початку, коли почала розвиватися європейська доктрина про джерела права, в межах якої законодавчий акт постулювання права слід розглядати як джерело права. Використовуючи онтичну термінологію, у континентальній традиції право проявляється шляхом цього; а з гносео-

логічної позиції це дає відправну точку для відповіді на всі запитання стосовно права. Саме на основі цього виникає ідея, яка є виключною для *applicatio iuris* у континентальному праві: право є чимось штучно створеним, що відчувається фізично, об'єктивується і є окремою сутністю, яка є чинною сама по собі і яка у випадку застосування трансформується, щоб бути корисною для похідного продукту, підготовленого суддею для прийняття рішення щодо констатації факту. Це яскраво контрастує з ангlosаксонською моделлю, яка (на відміну від кінця республіканського та імперського періодів) черпає натхнення з римських моделей, що з'явилися раніше, здатна лише засвідчити наявність права шляхом індивідуальної актуалізації ідеалу правосуддя через рішення судді, «оголошуючи» пошук, щоб знайти *a posteriori the dikaiōn* — найбільш слушне, чесне і справедливе рішення в конкретній ситуації, щоб завершитися досягненням.

По-друге, континентальна традиція вбачає у праві повідомлення, яке вже досягло певного рівня узагальнення, досвід прийняття попередніх рішень, які мали форму *regulas*, що — якщо об'єктивована — може керувати, уніфікувати і вказати шлях до заздалегідь встановлених і передбачуваних каналів, будь-якої процедури, що здійснюється в ім'я закону. Відповідно, закон є зразком майбутніх рішень, сформульованих у твердженнях загального характеру. Все це, на відміну від ангlosаксонського сприйняття, яке не бачить більше, ніж те, що проявляється як право, як особливий у кожному конкретному випадку і типовий прояв, який — якщо б ми або будь-хто інший повинні були сприймати певний випадок по-іншому, ніж головуючий суддя, — так само міг би бути

іншим. Таким чином, континентальне правотворення (*Rechtssetzung*) завжди діє у певному вакуумі, оскільки кожного разу, коли творення права (*creation du droit*) входить до сфери *legislatio*, коли закон з'являється на тому місці, де раніше був порожній простір, — все це контрастує з англосаксонським менталітетом, де навіть можлива професіоналізація законотворчої діяльності та її перетворення в промислових масштабах виробництва не призводить до будь-якої завершеності «права» (у розумінні остаточності, округлості або виконання), а в кращому випадку лише дає приклад: просто проливає (згадує, маніфестує) зразкове і вельми похвальне світло на меншу частину того, що, як передбачається, коли-небудь існувало в якості закону за ним, через випадковий судовий акт його іменування в результаті.

Концептуалізація закону, тобто розробка та трактування мовних елементів, які описують правові відносини групами понять як компоненти логічно зведених конструкцій, організованих у певний послідовно розташований загальний набір, щоб нарощувати свою системність, буде досягнута в такому розумінні права, яке вичерпно втілене її поняттями загального характеру, і як результат розумових операцій з текстами самого права при його поновленні на метарівні, що інтелектуально зведений на цій основі. З зазначеного безпосередньо випливає, що юридична доктрина тільки формується, може бути сформована і насправді формується там, де закон проявляється у вигляді текстової об'єктивації; відповідно, всі процедури, які здійснюються в ім'я закону, повинні бути засновані на формальних мовно-логічних операціях обробки текстів. Кожного разу, коли сучасний ідеал правопорядку поширюється за

межі простої (формальної) якості текстової відповідності — через просту фактичну відсутність такої текстуальності (як в англосаксонській традиції), або тому, що текст встановлює заздалегідь необхідну додаткову вимогу особистої етичної переконаності в синхронізації або спрямованості на виконання заданих значень, отриманих на основі того, що трансцендентальна сила виявляє власне текст (як у класичних єврейському або ісламському праві) — немає (і не може бути) жодної юридичної доктрини. У загальному праві, наприклад, використання на основі судової оцінки схожих прецедентів залежить від особливостей конкретних справ; а типові випадки, що фактично використовуються як приклади для посилення, є набором непов'язаних між собою унікальних обставин, серед яких ніщо не зв'язує їх разом у формальному сенсі, відповідно, між ними теж немає жодного логічного зв'язку.

Саме тому доктринальне тлумачення норм права є типово континентальним продуктом Середньовіччя та раннього Нового часу в Європі. Воно утворюється подібно до того, як, починаючи з XV ст., у Болоньї наші предки отримали римське право відповідно до сучасного наукового ідеалу та конвенціоналізму співвідношення «порядок — ідеал». Цей по суті аксіоматичний ідеальний порядок відповідно до методології геометрії та математики безперервно культивували протягом століть, що призвело до утворення таких ґрунтовних вторинних постулатів у науковій аналітичній роботі, що проводилася навколо (і вище) фактичних первинних постулатів права, які в ранній Новий час, коли була проведена правова кодифікація національних держав, мали на меті встановити зв'язок конкретно між правом, а також

ного застосуванням і науковою обробкою, та інтерпретацією тих постульованих кодів національних законів.

5. Норми і принципи права

Право базується на нормах, які, проте, ніколи не є ексклюзивними за законом, хоча до цього часу незмінно залишаються основною формою встановлення права. Та обставина, що методи прийняття рішень, які ґрунтуються на принципах, та окремі методи, встановлені на справедливості, здається, у наш час є конкуруючими напрямками, це просто ознака тактики боротьби за владу, тобто за те, як досягти перемоги; оскільки це задіє вже наявний потенціал, щоб використовувати його для побудови під час перебудови, відповідно до цих *desiderata* в межах своєї досяжності. Її елементи були відомі з найдавніших часів: посилення на значення, застереження, що означають для співтовариства зміст загального блага та інтересу і громадської безпеки, винесення судового рішення відповідно до висновку або отриманого на основі невизначено гнучких правових понять.

Однак доктрина сучасних основних напрямів не є новою і не пропонує жодної альтернативи. Це, мабуть, її радикальний стиль, що нагадує бойову тривогу і робить її на перший погляд незвичною, оскільки вона залишається спільним елементом того, що за законом остаточний результат рішень у результаті визначається самим законом. Якщо з точки зору процедурних варіантів вона не перетворюється на альтернативу призначення арбітражу поза форумом, вона навіть не поширюється на сферу інших неоднорідностей, що протиставляються її власній «чітко правовій» [8]. Навіть її потенційно невизначена природа не є чимось іншим, ніж визначено невизначене [нім. *bestimmte Unbestimmtheit*], як

описує Дж. Лукач [9, 720], наповнення змістом, що у сфері права дається як виняткові повноваження судді, призначеного для вирішення певної справи, разом із відповідним розсудом.

6. Теоретичні та соціально-філософські перспективи

Ми знаємо з лінгвістики, що спеціалізовані мови, які використовують жаргони навіть у найбільш гомогенізованих сферах, кореняться в загальному використанні мови, і скрізь, де вони досягають граничного питання, вони запозичують з останніх. Незважаючи на теоретичну універсальність і самодостатню обґрунтованість його логіко-математичного інструментарію, зусилля, спрямовані на створення чистої та єдиної мови науки, були марними [10]. Або, говорячи мовою лінгвістики, право є право, воно не зводиться до чого-небудь іншого, тому воно не може бути замінене будь-якою іншою заявою стосовно права. Відповідно, все, що побудоване на праві, знаходиться на метарівні по відношенню до нього. Проте, як було зроблено висновок пізніше, паралельно з правом (на яке можна посилалися цілком законно) ще три пов'язані з правом неоднорідності ґрунтуються на повсякденній гетерогенності через складні та безперервні (невіддільні) взаємини щодо їх відповідних мов:

звичайна мова

мова права	мова юридичної практики
------------	-------------------------

мова доктринального тлумачення норм права	мова юриспруденції
---	--------------------

звичайна мова

По відношенню до закону юридична практика знаходиться на метарівні, подібно до того, як вона працює в чин-

них посиленнях, у той час як встановлено, що авторитетні практики закону здатні переписати те, що заявлено лише для застосування. Доктринальне тлумачення норм права знаходиться в такому самому становищі, і юриспруденція, так би мовити, спостерігає все це на відстані. Всі ці чотири компоненти, з одного боку, впливають на один одного, а з другого — всі вони знаходяться в середовищі буденної мови, стимулюючи її та стимулюючись нею в той же час.

Якщо дійсним є те, що на фундаменті, що простягається від звичайної мови до мови юриспруденції, є чотири частково і відносно розділених (через постійну самостійну регомонізацію) рівні метасистем, то навіть якщо це справедливо тільки для інтелектуальної реконструкції у символізації, заснованій на мові, це дозволяє зробити припущення про деякі види різних «способів існування» правового явища з «соціально-онтологічними відмінностями» як системними двійниками [11].

Я довго розмірковував над тим, щоб запропонувати існування конкуруючих компонентів права*. При цьому ми стикаємося з лякаючою складністю закону, навряд чи підтримуваною соціальною вагою, а загальна мережа посередників**, які є юридично дисциплінованими і соціально стандартизованими, постійно відтворюється та управляється переважно відокремленими блоками у секторі, призначеному для права шляхом поділу праці в суспільстві. Деякі надзвичайно точні емоційні висновки, зроблені в результаті останніх міркувань,

дозволяють соціальній онтології права далі розвивати його основи.

Як відомо, розділені сектори (хоча і працюють разом) у суспільному поділі праці, в той же час відокремлені один від одного (хоча і працюють разом), повинні виробляти і постійно відтворюють межі розуміння, які означають рух вперед в якості посередницького середовища, і в цій якості будуть значною мірою незалежними від усіх окремих визначень. Крім того, це крок вперед в якості такого фактора, як друга реальність, створеного людиною на основі ієрархічних структур, які спочатку були впроваджені в реальність, що має яскраво виражену можливість ефективно направляти розуміння права в належні штучно утворені напрями і попередньо визначені групи.

Те, що в результаті тут відбувається, навряд чи є чимось іншим, крім проектування, що дистанціюється шляхом матеріалізації (як відчужується у матеріалізовану об'єктивність), те, що насправді є ми самі. Замість самостворюваної надійності людської практики, що є самовідтворюваною на рівні суспільства, ми переносимо наше прагнення до безпеки в концептуалізовані конструкції, в логіку і таксономію, і з цим, у результаті, у метафізичний вимір. Таким чином, навряд чи можемо вийти за межі того, що вже було описане як психоаналітична проекція [13], задоволення потреб наших найбільш людських і, відповідно, цілком незнищених вроджених атавізмів, які будуть переносити наше прагнення до влади в подальший комплекс, у світ зі штучними істотами, яких ми постійно створюємо. Зазначене вище, навіть як-

* На відміну від права, що, як постулюється, авторитетно виконується і зазвичай застосовується в якості закону, було зроблено висновок, що замість того, щоб мати «право» з чіткими і точно визначеними межами, ми можемо тільки зазначити явища, що є «більш-менш законними» і «в тому чи іншому сенсі» знаходяться в постійній динаміці в напрямі «перетворення або припинення бути» правом [12].

** Термін «посередництво» (нім. *Vermittlung*) у нещодавно опублікованій праці Дж. Лукача «*The Ontology of Social Being*» [11, 107 і далі]

що воно розглядається в сенсі наукової реконструкції, означатиме демістифікацію ідола, і водночас, саме у своїй дуальності, — є необхідністю. Саме тому право взагалі утворюється, оскільки

саме такі та подібні причини призвели до того, що людство створило так звану другу природу, щоб оточити себе, про що свідчать, зокрема, доктрини.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Wróblewski B* *Jezyk prawny i prawniczy* (Kraków 1948) v+184.
2. *Varga Cs.* The Quest for Formalism in Law : Ideals of Systemicity and Axiomatisability between Utopianism and Heuristic Assertion. *Acta Juridica Hungarica* 50 (2009) 1, 1–30 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.akademai.com/content/k7264206g254078j> (in shortened version: Heuristic Value of the Axiomatic Model in Law' in *Auf dem Weg zur Idee der Gerechtigkeit Gedenkschrift für Ilmar Tammelo*, hrsg. Raimund Jakob, Lothar Philipps, Erich Schweighofer & Csaba Varga (Münster, etc.: Lit Verlag, 2009), 119–126).
3. *Varga Cs.* Structures in Legal Systems : Artificiality, Relativity, and Interdependency of Structuring Elements in a Practical (Hermeneutical) Context. *Acta Juridica Hungarica* 43 (2002) 3–4, 219–232 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.akademai.com/content/r27863g6u01q777u/full-text.pdf> (as well as in *La structure des systemes juridiques* [Collection des rapports, XVIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 2002] dir. Olivier Moréteau & Jacques Vanderlinden (Bruxelles: Bruylant, 2003), 291–300).
4. *Varga Cs.* Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law. Порівняльно-правові дослідження [Kyiv] 2009/1, 29–35 [abstract: Разные ментальности романо-германского и англо-американского права? К вопросу о логике в праве, 193–194] [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Ppd/2009_1.pdf.
5. *Kraft J.* Über das methodische Verhältnis der Jurisprudenz zur Theologie. *Revue internationale de la theorie du droit* 3 (1928–29), 52–56 & On the Methodical Relationship between Jurisprudence and Theology trans. Neil Duxbury *Law and Critique* 4 (March, 1993) 1, 117–123.
6. *Varga Cs.* Legal Traditions? In Search for Families and Cultures of Law in Legal Theory Legal Positivism and Conceptual Analysis : Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005, 1, ed. José Juan Moreso (Stuttgart, 2007), 181–193 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/PDF%20files/1A/1A%20-%20Hungary.pdf> (as well as *Acta Juridica Hungarica* 46 (2005) 3–4, 177–197 & [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.akademai.com/content/f4q29175h0174r11/fulltext.pdf>).
7. *Luis de Molina.* De iustitia et iure (Cuenca 1593 & Tomi sex : Coloniae Agrippinae 1613), tomus II, dispositio 347, 3 as well as *Johannes de Lugo Disputationum de iustitia et iure Tomus secundus* (Lyon 1642), dispositio 26, sectio 4, 40.
8. *Selznick Ph.* The Sociology of Law in *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9, ed. David L. Sills (New York, 1968), 50–59.
9. *Lukács G.* *Ästhetik I* (Berlin, 1963).
10. *Gottlob Frege* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://plato.stanford.edu/entries/frege>
11. *Varga Cs.* The Place of Law in Lukács World Concept (Budapest: Akademiai Kiadó 1985 [reprint 1993]) 193 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://drcsabavarga.wordpress.com/2010/10/25/varga-the-place-of-law-in-lukacs%E2%80%99-world-concept-1985/>; cf. also Schulz-Schaeffer I. *Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie Zeitschrift für Rechtssoziologie* 25 (2004) 2, 141–174.
12. *Varga Cs.* Anthropological Jurisprudence? Leopold Pospisil and the Comparative Study of Legal Cultures' in *Law in East and West On the Occasion of the 30th Anniversary of the Institute of Comparative Law*, Waseda University, ed. Institute of Comparative Law, Waseda University (Tokyo, 1988), 265–285 («Law», or «More or Less Legal»? *Acta Juridica Hungarica* 34 (1992) 3–4, 139–146); cf. also Pokol B. *The Concept of Law The Multi-layered Legal System* (Budapest, 2001) 152.
13. *Frank J.* *Law and the Modern Mind* [1930] (Garden City, New York, 1963) xxv+404.

Варга Ч. Правова доктрина: методологія та онтологія

Анотація. Теоретично обґрунтована мотивація залишила свій слід у правовій доктрині та розвивається через методичний процес, за якого доктринальне вивчення права перешкоджає праву у дії, оскільки вона переводить право, яке позитивно побудоване послідовним структуруванням слів, у певний вид єдиної концептуальної системи. Тому вона залишається здебільшого результатом історичного впливу. Її новизна — це позичена логічність, що є необачним само по собі. В якості реконструкції, що надає додаткове значення предмету, який не міститься у ньому з самого початку, також це можливо через випадковість варіантів, які конкурують один з одним. Її мета — встановити послідовність дедуктивних похідних, для того щоб гарантувати визначеність праву. У результаті, у впорядкуванні без концептуалізації (наприклад у англосак-

сонському праві) доктрині немає місця. В європейській історії континентальна традиція простежується у зміні концепції права від *ius* до *lex*, що втілюється у позитивних текстах. Доктрина є метаструктурою, що надає їм логіку.

Ключові слова: контекст тлумачення, метасистема, друга реальність, право як мова та логіка, концептуалізація та систематизація, романо-германське право, англосаксонське право, норми/принципи.

Варга Ч. Правовая доктрина: методология и онтология

Аннотация. Теоретически обоснованная мотивация оставила свой след в правовой доктрине и развивается через методический процесс, при котором доктринальное изучение права препятствует праву в действии, поскольку она переводит право, которое позитивно построено последовательным структурированием слов, в определенный вид единой концептуальной системы. Поэтому она остается большей частью результатом исторического влияния. Ее новизна — это заимствованная логичность, что является опрометчивым само по себе. В качестве реконструкции, что дает логическое дополнительное значение предмета, который не содержится в нем с самого начала, также это возможно через случайность вариантов, конкурирующих друг с другом. Ее цель — установить последовательность дедуктивных производных, для того чтобы гарантировать определенность праву. В результате, в упорядочении без концептуализации (например в англосаксонском праве) доктрине нет места. В европейской истории континентальная традиция прослеживается в изменении концепции права от *ius* к *lex*, что воплощается в позитивных текстах. Доктрина является метаструктурой, что придает им логику.

Ключевые слова: контекст толкования, метасистема, вторая реальность, право как язык и логика, концептуализация и систематизация, романо-германское право, англосаксонское право, нормы/принципы.

Varga Ch. Legal dogmatics: methodology and ontology

Annotation. A theoretically motivated reasoning leaving its mark on legal dogmatics producing some derivative through a methodical process, the doctrinal study of law is a parasite contingent upon the law in force. For it converts law positively built by consecutive structuring of words into some sort of a uniform conceptual system. Therefore it is an authored product mostly in a historical chain. Its novelty is lending logicity to what is inadvertent itself. As a reconstruction providing logically added meaning to a subject not carrying this itself, it too is contingent with by chance variations competing amongst themselves. Its goal is to establish consequentiality for deductive derivations in order to guarantee certainty in/of the law. Consequently, in arrangements without conceptualisation (e.g., Common Law) there is no dogmatics either. In European history, the continental tradition has retraced *ius* to *lex* for the law to be embodied by posited texts. Dogmatics is a meta-structure logified upon them.

Key words: interpretive context, meta-system, second reality, law as language & as logic, conceptualisation & systematisation, Civil Law/Common Law, rules/principles.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, АБО ДИЛЕМА ЕТОСУ ВИРОЩУВАННЯ ЧИ МЕХАНІЧНЕ НАВ'ЯЗУВАННЯ

- 'Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: Gardening versus Mechanisation' in *Rule of Law Promotion Global Perspectives, Local Applications*, ed. Per Bergling, Jenny Ederlöff & Veronica L. Taylor (Uppsala: Iustus Förlag 2009), 213–230 [Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet Nr 21] / 'Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: To be Gardened or Mechanicised?' *Central European Political Science Review* 8 (Spring 2007), No. 27, 46–69 & *Law of Ukraine Legal Journal* [Київ] 2013/4, 54–65 / 'The Changing Idea of »Rule of Law« and Post-totalitarian Impositions' *Curentul Juridic* [Tirgu-Mures] XVII (2014) 1, No. 56, 64–77 & <http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_201401/recjurid141_6F.pdf> / in Csaba Varga *Transition? To Rule of Law? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe* (Pomáz: Kráter 2008), 85–104 [PoLiSz sorozat könyvei 7] & <<http://mek.oszk.hu/14800/14851>> & 'Rule of Law through Legal Transfer: Historical Patterns and Contemporary Dilemmas' in *East European & Russian Yearbook of International and Comparative Law* 4–5 (2010–2011), 45–61
- 'Верховенство права или дилемма идеала: садоводство против механизации' [пер. Л.Г. Гоцко, ред. И.Д. Мишина] in *Проблемы модернизации правовой системы современного российского общества* Международная научная конференция (г. Красноярск, 30 сентября – 1 октября) ред. В.М. Шафаров, I (Красноярск: Центр информации 2011), 14–26 & <<https://ppke.academia.edu/CVARGA/Papers>> & in Чаба Варга *Загадка права и правового мышления* Избранные произведения; Сост. и науч. ред. М.В. Антонов (Санкт-Петербург: Издательский Дом «Алеф-Пресс» 2015), 67–81
- 'Верховенство права, або Дилема етосу: вирощування чи механічне нав'язування'** [пер. С. Максимова & Н. Сатохіної] *Філософія права і загальна теорія права* [Київ] 2013/1, 48–64 & in <<https://pravoua.com.ua/ua/store/philosophy/phil law 1 13/Varga-phil 1 13/>> & <<https://ppke.academia.edu/CVARGA/Papers>>
- 'Érdekek és átmenetek, normalitások és jogállamiság-felfogások' in Varga Csaba *Válaszúton – húsz év múltán* Viták jogunk alapjairól és céljairól (Pomáz: Kráter 2011) [PoLiSz sorozat kötetei 7] & <<http://mek.oszk.hu/15100/15175>>, 109–129 / 'Jogállamiság: egy éthosz dilemmája (Átmenetek és összehasonlító jelenkori történelmi tapasztalatok)' *Társadalomkutatás* 29 (2011) 3, 287–302 & <<http://akademiai.om.hu/content/e475844j70742554/fulltext.pdf>>

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, АБО ДИЛЕМА ЕТОСУ: ВИРОЩУВАННЯ ЧИ МЕХАНІЧНЕ НАВ'ЯЗУВАННЯ¹



Ч. ВАРГА

*доктор юридичних наук,
почесний професор,
засновник Інституту філософії права
(Католицький університет Угорщини),
почесний професор-дослідник
(Інститут правових досліджень
Угорської академії наук)*

I

Одна з постдиктаторських моделей транзиту передбачає повну поразку режиму із збереженням військової адміністрації та судочинства і розрив зв'язку з минулим через превентивні локальні практики реорганізації та навчання демократії наново, як робила це союзна влада після Другої світової війни в Німеччині, Італії та Японії. Інша крайність — просто проголосити модель зрілого (*full-pledged*) верховенства права, запустити його з нуля штучно, як намагалась це зробити Центральна Європа після падіння комунізму. З точки зору різних сторін — тієї, що ухвалила таке рішення, і тієї, щодо якої воно було ухвалене, — переваги та недоліки кожної моделі виявляються ледь не протилежними². Насправді, незважаючи на те, що спадок попередніх режимів — разом із завданням їх правонаступників відкинути одну з описаних вище моделей, що починає нав'язуватись після падіння їх попередників, — складно порівнювати між собою, філософські підстави (як і відповідні політико-культурні та антропологічні передумови), на яких ґрунтуються обрані шляхи, близькі за походженням і фактично працюють як антагоністичні.

¹ Csaba Varga. Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: to be Gardened or Mechanicised // Csaba Varga. Transition? To Rule of Law? — Romaz, 2008. — P. 85–104. Переклад з англійської С. Максимова та Н. Сатохіної.

² Стосовно першої моделі, у контексті пошуку пояснення того, що США змінили запропоновані ними зразки, див.: [1].

© Ч. Варга, 2013

Незважаючи на відмінності, наведені у таблиці, їх об'єднує те, що в обох випадках одразу ж після того, як виникає необхідність замінити владу, просто запроваджується новий, невідомий раніше режим¹.

США / Союзні держави після Другої світової війни	США / міжнародні сили (<i>global forces</i>) після падіння комунізму
за допомогою військової перемоги та окупації через грубу силу фактів	за допомогою зрілого верховенства права через просте проголошення та інституціоналізацію
військова адміністрація	експериментування
нав'язана інтервенція — замість демократичної мобілізації	відсутність реального перехідного періоду
військове правосуддя (Нюрнберг/Токіо)	минуле приховане
розрив з минулим / дисиміляція, розпад та знищення	минуле триває, зазнаючи реорганізації, реструктуризації та нової легітимачії
навчання справжній демократії наново	квазі(недо)демократія, що має місце до сьогодні

Найяскравіша їх особливість — це, імовірно, вбудований цинізм та утопізм (що нагадує деяку ідею позаісторичної всемогутності, відому, до речі, переважно завдяки періодам революційного романтизму²), що переважають у рішеннях, які сьогодні ухвалюються у всьому світі. Вже той факт, що реальний перехідний період заперечується як теорією, так і практикою, і що модель зрілого верховенства права лише проголошується, щоб стати дійсністю в майбутньому³, неодмінно призведе до протилежного результату. Зокрема, новий режим — хоча він, звісно, і містить надлишок заборон і нестачу дозволів, а також не забезпечений надійними механізмами функціонування і здатний лише на розвиток шляхом нових домовленостей, у той час як на практиці доводиться стикатись із щоденними конфліктами, а отже, він вимагає більш тривалого періоду часу, — за великим рахунком, потребує всього лише перегляду власного минулого, яке заперечується: хоча й у новій формі та за новими законами, але з поновленням багатьох старих владних структур, налагодженням зв'язків, що тимчасово знаходяться у тіні, виключно з метою реорганізації для забезпечення в результаті можливості поступової перебудови, а в кінцевому рахунку, встановлення контролю над усім політичним та соціально-економічним процесом. Інакше кажучи, наслідком може бути діалектичне зняття в результаті подолання минулого (в термінах гегелівської тріади «заперечення / збереження / перехід на вищий рівень»). Це

¹ Пор., напр.: [2–7].

² Для порівняння див.: [8].

³ Пор. із заявою президента (засновника) Угорського Конституційного Суду, Л. Шайо, у якій він категорично стверджує, коментуючи одне з видань [9, с. 51]: «Я засмучений і розгніваний терміном «перехід»: як довго ми збираємося знаходитись у перехідному періоді?! Три роки — занадто довгий строк в епоху швидких змін. Юридично перехід було завершено... 23 жовтня 1989 р. ...З цього моменту Угорщина повинна розглядатись як правова держава..., отже, з точки зору закону, яких-небудь подальших етапів трансформації не існує».

приклад того, як і чому минуле може обернутися теперішнім, що здатне визначити майбутнє та сучасну історію регіону.

Усе це означає, що різні історичні умови, що визначають, чому і в силу яких обставин ми стикаємось із проблемою, можуть визначити підхід (включаючи ідеологізацію та всеохоплюючий вплив) до всього процесу перетворень.

Відповідно, військова загроза, поєднана з необхідністю самооборони, переважала у першому випадку, а здобуття вигоди із ситуації, що склалася, в ході розширення контролю над стратегічними країнами було головним мотивом у другому, навіть якщо давно озвучене прагнення повернутись до інституціональної Європи як такої¹ і задало від початку загальні рамки (зразком виступило ЄЕС, а ще раніше НАТО) для останнього, включаючи мету поступової асиміляції цієї складною системою². У результаті зацікавленість принаймні однієї надвпливової сторони з головних партнерів із перетворень є, імовірно, основним фактором, який пояснює, чому і якою мірою очевидна штучність тотального регулювання мала бути глибинною характеристикою останньої моделі транзиту.

На кону власні життя	На кону встановлення контролю над стратегічними країнами в ситуації вакууму влади та фінансової залежності останніх
засудження діянь та притягнення до відповідальності виконавців	керівництво здійснюється представниками попереднього режиму, які вціліли
військовий режим / вживають військових заходів	адаптація готових моделей ЄС та/або інших запропонованих ³
проблема внутрішніх національних інтересів не стоїть	практично повна відсутність привілеїв для внутрішніх національних інтересів
всесічні зміни	нічого не змінюється, а в кінцевому рахунку застосовуються силові методи

У результаті це призвело переважно до добре відомої перебудови, в ході якої тривала майже така сама гра і утвердження інтересів, але з частковою заміною залучених партнерів. Жорсткіший графік, що до того ж прискорюється під час перетворень, а також відчуття потреби знову з'єднатись з Європою як такою обумовили той факт, що велика кількість іноземних нормативних актів стали просто запозичуватись без відповідного бажання і реальної можливості їх адаптації та вдосконалення. Ідеал верховенства права, який набув розвитку у порівняно ранній період перетворень (завдяки, якщо використати усталений зворот, остаточному падінню комунізму і, таким чином, початку реального функціонування певної моделі верховенства права), з позиції крайного легалізму та під-

¹ Країни, що належать до Центральної Європи, останні тисячу років по суті належали до Європи Західної (не Східної), незважаючи на те, що політичні угоди можуть відносити їх до сфери впливу Східної Європи, як це трапилось востаннє в результаті Ялтинського договору в 1945 р. Детальніше щодо історичного аспекту див.: [10].

² Пор.: [11].

³ Пор.: [12].

креслено юридичним трактуванням процесу як такого (як реакція на правовий нігілізм, яким просякнута будь-яка диктатура, і у відповідь на широко висловлене прагнення народу покласти край надмірній політизації всіх буденних проблем, характерній для ери комунізму) міг призвести тільки до проміжного результату: після одних-двох виборів парламенту та уряду, що проголошують як перебудову, так і фундаментальну реформу старого режиму, старі-нові сили переважно старого режиму могли тепер взяти керівництво у свої руки під оновленими і, на перший погляд, легітимними гаслами, проте насправді відкриваючи країну вільному ринку глобального капіталу без належного (або належним чином узгодженого) врахування місцевих інтересів з метою їх утвердження та захисту.

Або, врешті-решт, співвідношення відповідних витрат на інвестування та отриманих від нього прибутків змінювалось також і з точки зору того, яка сторона брала на себе цей тягар та мала більше шансів отримати вигоду з цієї заздалегідь спланованої ситуації.

	Величезні витрати на військову інтервенцію	Практично відсутні витрати на контроль
у короткостроковій перспективі	відсутність впливу на післявоєнні життєві стандарти	зниження життєвих стандартів і втрата національного багатства
у довгостроковій перспективі	радикальне оновлення / успіх у результаті	невпевненість у майбутньому / сподівання та невиконані обіцянки

У ширшій історичній перспективі все це вплинуло на зміну способів розуміння і застосування верховенства права тоді і зараз, призвівши до перевероту тією мірою, якою науково-філософська і науково-методологічна проблема осмислення історичної ідеї еволюціонувала в завдання сприяти утвердженню відповідної правової практики як кінцевої мети (щоб водночас і розвиватись інтелектуально, і бути частиною самої онтології соціального існування)¹. Майже протилежні передумови можуть бути реконструйовані з двох історичних прикладів (тоді і зараз) процесу переходу до верховенства права.

Конкретно-історичне розуміння верховенства права	Абстрактно-абсолютистське розуміння верховенства права
згідно з К. Шміттом [14]: історія / ідеали унікальні та історично обумовлені	первинний універсалізм
згідно з Е. Бюрком: досягнення мають бути здобуті у боротьбі, долаючи перешкоди	питання тільки твердого наміру, рішучості та проголошення
соціологічний підхід: ми, індивіди, і суспільство вкорінені в культурі	механічний (квазібіологічний) детермінізм: для будь-якого суспільства, незалежно від часу та умов

¹ Стосовно онтологічного статусу та значення *juristische Weltanschauungen* (*lawyerly ideologies*) в існуванні права див.: [13].

Така різниця відмінності базових передумов пояснює, чому у першому випадку було досягнуто бажаного результату і багато в чому дійсно демократичного ладу, в той час як у другому випадку, принаймні на цей момент, лицемірство та від початку деформована політико-правова культура залишаються перешкодами для цього, ніби ілюструючи стрімку девальвацію цінностей, яка супроводжується низькою ефективністю якісного відбору (що майже вісімдесят років тому передбачив та описав як «повстання мас» Х. Ортега-і-Гассет [15]).

II

Практика Центральної та Східної Європи варіює залежно від того, як розуміється верховенство права: як завершений і систематизований набір умов чи як найбільш визнаний ідеал, сформульований колись у відповідь на певні виклики в умовах конкретних культур та за певних історичних обставин, тобто як мистецтво балансування між відмінними, більше того, конкуруючими цінностями та інтересами в межах власного етосу, або, інакше кажучи, як боротьбу, що насправді ніколи не припиниться. Адже немає нічого амбіційнішого за перманентний процес навчання як такий: поєднання різних точок зору, нашарувань та рівнів, що знову і знову виявляють нові особливості, — процес, який щойно подолавши щоденну рутину, як у типових ситуаціях, так і широко застосовуваних рішеннях, зустрівся з новими викликами¹.

Описана вище подвійність розуміння може бути, відповідно, наведена таким чином.

Верховенство права як конкретно-історична модель	Верховенство права як універсальна абстрактна вимога
власне досягнення у відповідь на власні виклики	рецепт, колись створений десь як завершений та вдосконалений кимось
«не є угодою про колективне самогубство» ²	має бути реалізоване будь-якою ціною
частина специфічної для нас культури	мають бути дотримані мінімальні універсальні умови
має розвиватись творчо та бути чутливим, щоб можна було застосовувати його у житті	має безумовно поважатись як головний критерій виживання в даній спільноті

¹ Стосовно того, якою мірою те, що зараз розглядається — навіть якщо помилково — як вочевидь безпрецедентний історичний виняток в локальному (або регіональному та в будь-якому разі епохальному) контексті, може бути перенесено на модальність, у подальшому пристосовану — ніби скопійовану — до минулого виключення, що було зроблене десь ще, модальність, яка вже була включена до загальноприйнятої практики, пор.: [16].

² «Верховенство права не є і не може розглядатись як колективна угода про самогубство» — як казав Дж. Фінніс у Будапешті 19 лютого 1990 р. на міжнародній конференції, присвяченій «верховенству права / правовій державі», яка була організована політичною партією *FIDESz* (зараз найсильніша серед опозиції до старих-нових комуністів у парламенті), посиляючись на викладене вище як на практично єдину тезу з розгалуженої західної літератури з верховенства права, яка може бути застосована до нашого регіону (який опинився у зовсім нових,

Застерігаючи від романтичного антиісторизму, що також ігнорує наукові досягнення минулого століття, особливо присвячені юридико-соціологічному та юридико-антропологічному аналізу класичних прикладів трансплантації та їх високорозвинене *Rezeptionslehre* (вчення про рецепцію)¹ — резюмуючи, що просто вольові дії (тобто застосування сили) не здатні забезпечити запозичення, яке могло б органічно увійти до діючого права таким чином, щоб надати йому імпульсу, порівняного з ефективністю його функціонування в первинному контексті, — тільки окремі дослідження орієнтовані на те, щоб привернути увагу вчених до фактів минулого, якими надзвичайно багаті історичні повідомлення.

Одна з цих течій мала на меті встановлення зв'язку, з одного боку, між триваючими процесами та їх ідеологізацією, і критицизмом, що виріс із руху «Право і модернізація»², а з другого — між головними факторами його поразки (скоріше повної, аніж часткової), переважно в латиноамериканському контексті³, та його виживанням, більше того, відродженням у концептуалізації та методологічній підготовці змін, що мають бути викликані до цього часу на новій території, такий як Центральна і Східна Європа⁴, багато в чому завдяки його поєднанню з етно-центризмом, що ґрунтується на абстрактно-універсальній позиції глобальних підходів, розглядаючи суспільство як дещо, позбавлене власного минулого і традицій, а, відповідно, такого, що може розглядатись ніби механічно.

Інший напрям намагався реконструювати історичні умови виникнення потреби у верховенстві права: де, як і в результаті яких викликів воно набуло розвитку, завершуючись відповіддю на дилему, чи є воно культурним ідеалом, до якого слід прагнути, співвідносячи за і проти, зважуючи та збалансовуючи його конфліктуючі аспекти, навіть якщо в результаті його ніколи не можна досягти в чистому вигляді, або, якщо говорити про сучасні умови з усталеними стандартами, як у міжнародному масштабі, так і всередині країни, воно являє собою просто заданий набір ясно сформульованих нормативних вимог, які можна легко виконати, чітко, формально і за будь-яких умов.

Це протиріччя було пом'якшене третім напрямом, яке проливає світло на основні відмінності в *mentalités juridiques*⁵, які зумовили існування двох головних історичних проявів однієї ідеї [32]. Йдеться власне про верховенство права, що набуло розвитку в сім'ї загального права, з одного боку, і у формі

не відомих раніше умовах, зіткнувшись із переходом від грубої диктатури). Див. також: [17, с. 175]. Для порівняння див.: [18].

¹ Див. головним чином: [19] або [20], а також довгу серію досліджень окремих випадків, таких, напр., як [21] та [22].

² Пор. як його ранню монографічну критику: [23].

³ Стосовно основної маси критики, пор., напр.: [24–27].

⁴ Пор., як найбільш показовий приклад: [28].

⁵ Вислів П. Лєграна, напр., у вражаючій готовності бути використаним більш серйозно, у його «*European Legal Systems Are not Converging*» [29] та синтезоване у «*Le droit comparé*» [30]. Про те саме, хоча й у контексті пояснення (на прикладі німецької та англійської мов) того, як різна термінологія, що походить із різного слововжитку і культурно-специфічного сприйняття, представляє континентальне право і загальне право відповідно, див. новаторське дослідження П. Сака [31].

Rechtsstaatlichkeit (правової державності) в рамках континентальної традиції — з другого. У першому випадку передбачається можливість судового розгляду з непередбачуваним фіналом, у той час як у другому, формальна безпека права / у праві (*of/in*) забезпечується просто правовими приписами. Парадоксальним чином, хоча абсолютна досконалість права як прийнятого без прогалин і такого, що не потребує нічого на додаток до ніби механічного застосування, й живить останній підхід [33], у глобальному обміні використовується переважно перший, в якому верховенство права розглядається як закритий набір вимог, розроблений майже до найменших дрібниць [34].

III

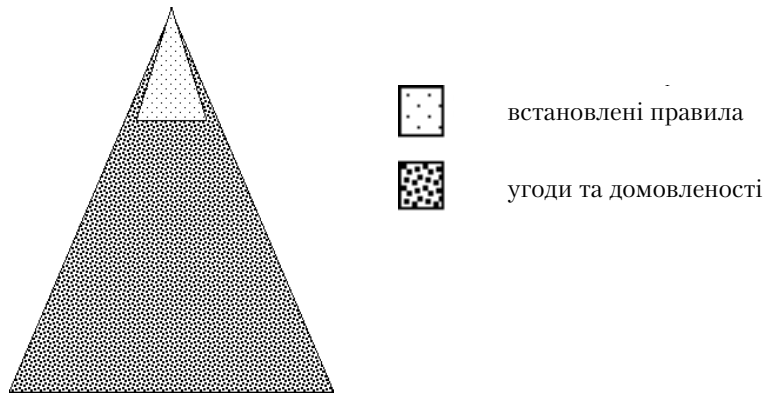
Як вже давно виявлено правовою соціологією, а потім також і правовою герменевтикою, правова система у дії являє собою вочевидь дещо більше, ніж просто каркас із формальних нормативних актів. Насправді це функціональна єдність формальних і неформальних складових, що існує на базі певної правової культури і ґрунтована у відповідній правовій традиції [35]. Як вдало було відзначено скандинавським правовим реалізмом¹, за правилами, встановленими чи випадково відтвореними, можна з точністю визначити тип вже діючої базової нормативності², з якої вони можуть виходити на поверхню як видимі вершини айсбергу, не більше того. В остаточному підсумку запозичення ризикують виявитись затиснутими в контекст, який залишається, можливо, незмінно, чужим для них, або відмежовуючи себе від даної системи (як зовнішнє втручання у та як вигнання за межі), або руйнуючи саму систему, змінюючи напрям її подальшого розвитку штучним (силовим) шляхом, розриваючи з її вихідною культурою і традицією.

Наведений рисунок (див. с. 55) добре демонструє, що жодний підхід до діючої правової системи не може бути зведений до певного набору прийнятих правил, сформульованого на основі певної офіційної теорії джерел права. Інакше кажучи, правила забезпечують тільки основне регулювання і просто позначають напрями, які визначають сферу і способи юридичної оцінки, аргументації та обґрунтування. Це звичайний стан всіх високорозвинених правових систем, який утвердився і викристалізувався в ході практики, навіть якщо на перший погляд це й непомітно. Відповідно, у драматичні часи, коли прийняті правила змінюються в силу революційних нововведень і масових правових запозичень, базові соціальні практики, як і вміння, почуття та звички через/у (*through/in*) юридичній практиці, також втратять ґрунт, в той час як угоди та домовленості, покликані заповнити прогалини та зробити каркас правил життєздатним, мають набувати підґрунтя роками — імовірно, протягом багатьох десятиліть³, — доки існуючу правову систему не можна буде назвати такою, що відповідає очікуваному результату.

¹ Детальніше (з деякими текстами, відтвореними для використання у підручниках), див.: [36].

² Стосовно останньої теорії про серце юридичності див.: [37].

³ Чи навіть століть, якщо мова йде про досягнення сильного правового статусу, як, наприклад, у монарха в Англії.



Утім може статися що завгодно, якщо цьому сприятимуть ті, хто достатньо рішуче налаштований здобувати вигоду завжди, коли є хоча б найменша можливість, за умови, що совість дозволяє це робити¹. Деякою мірою глобальна трагедія Росії після падіння комунізму також може бути пояснена послабленням центрального регулювання і як наслідок падінням старого режиму, який, незважаючи на всю його візантійсько-азіатсько/монгольсько-більшовицьку складність, був хоча й послаблений, але в будь-якому разі здатний забезпечити базовий рівень, необхідний для простого виживання народу².

Ще більш показовими є деякі приклади з новітньої історії Угорщини. Зокрема, під сильним впливом доктринерського лібертаріанського курсу під час перших років першого вільно обраного уряду після падіння комунізму поліція настільки боялась використовувати зброю, що більш ніж у двох випадках молодих поліцейських було вбито на нічному чергуванні крадіями дуже дешевих старих автомобілів³. Легалістські настрої настільки переповнили уряд, що після півстоліття радянської окупації не було ефективних методів забезпечення національної безпеки. Достатньо пригадати, наприклад, офіційне опитування всіх угорських дипломатів, генералів армії та поліції щодо того, чи були вони колись і/або чи продовжують бути агентами будь-якої мережі, скажімо, радянських секретних відомств. А надзбагачення без правової підстави, що здатна була б виправдати його обсяги, змогло неконтрольовано продовжуватись всі ці роки, практично аж до сьогодні, в той час як всі наступні закони, подані на розгляд до цього часу з метою хоча б встановити на майбутнє заходи, що гарантували б мінімум відкритості в процесах так званої приватизації (яка, до речі, завершилась втратою двох третин національного багатства без належної компенсації у вигляді прямих фінансових активів або непрямих економічних вигод), також були відхилені надактивістськими рішеннями конституційного суду.

¹ Див. на прикладі Литви: [38], а також [39].

² Див.: [40]. Пор. також з його есе, огляд яких наведений автором у «*Failed Crusade: American Self-confidence, Russian Catastroph*» [41].

³ Головним чином, у маленьких містах на світанку, вірогідно, злочинцями з країн — наших східних сусідів, де старі «Жигулі», які в Угорщині вартують трохи більше 2000 доларів США, все ще користувалися попитом.

Відмінність у базисних *mentalités juridiques* достатньо переконлива у такому контексті. У той час як у межах континентальної традиції будь-яка справа розглядається як проблема, що має бути вирішена безпосередньо і точно на основі права, найкорисніша американська пропозиція, колись адресована моєму уряду як відповідь на поставлені мною запитання¹, полягала саме в тому, щоб уникати прямих шляхів, особливо зазначених у праві. Достатньо двох прикладів. З одного боку, замість наступного очищення, було запропоновано запровадження тесту на фізичну придатність для певного омолодження вищих ешелонів армії та поліції із сумнівним минулим. А з другого, використання за прикладом США опитувань щодо так званого розуміючого ставлення до національної безпеки, тобто добровільного надання всіх даних, необхідних для того, щоб почати управління людськими ресурсами на відповідній основі, розглядалось як рішення окресленої вище проблеми.

Отже, з усього викладеного випливає, що в той час як субстанціональні шляхи можуть легко виявитись проблематичними, процедурні набагато більш нейтральні, оскільки є стійкими і виключають будь-які сумніви. Інакше кажучи, у справах, подібних описаним вище, методологія континентального права, поєднана з практиками, відомими у загальному праві, може виявитись набагато практичнішою і стабільнішою, ніж розгляд справи як оскарження необхідності розширення чи обмеження чийогось права. Тобто подібна проблематика у прагматизмі мови об'єктів, перекладена на нормативно обмежену метамову права, може представляти і фактично підтримувати різні, більше того, антагоністичні риси, а відповідно, й цілі, залежно від (субстанціонального або процедурного) напрямку і обраних та задіяних (інституціональних) механізмів, таким чином, наперед визначаючи юридичну техніку, домінуючу в цій сфері².

IV

Чи вийшла нова мова переважно американською, тобто сформульованою в термінах прав і прав людини, і наскільки специфічна термінологія того, хто запозичує, та процедурний підхід подрібнює, чи навіть руйнує загальну відповідальність, народжену колись заради *res publica* та існуючу навіть за старого режиму, — це ще одне питання, яке має бути розглянуто в контексті наукового дослідження рухів «Право і розвиток» та «Право і модернізація», а також глобальних правових обмінів.

Відповідно, що особливо важливо в даному випадку, в рамках нової реальності, яка формується під гаслом верховенства права після падіння диктатури, відбувається конкуренція державних органів. Згідно з новим законодавством, гілки державної влади — парламент і конституційний суд, уряд і верховний суд,

¹ Коли, крім роботи в академії та університеті, я також був членом Погоджувального комітету при Прем'єр-міністрі Республіки Угорщини між 1991 та 1994 рр., такі та подібні їм поради були найцікавішими з тих, що ми отримували під час приватних візитів до наших партнерів у Посольстві США в Будапешті або, переважно, у МЗС США, до Голови Об'єднаного комітету начальників штабів, а також до Національної ради безпеки у Вашингтоні.

² Щодо трансформації магічних конструкцій у праві див.: [42].

так само як і низка омбудсменів — навіть зараз (після спливу майже двох десятиліть) ще не відповідають повною мірою своєму правовому статусу. Водночас їх компетенція поступово розширюється, наскільки це тільки можливо, при досить обмеженому і надзвичайно вузькому погляді на власні можливості і здібності, але без будь-якого наміру захистити загальні (тобто національні) інтереси або об'єднати зусилля з іншими гілками державної влади з такою метою (яку складно сформулювати юридично, а в подальшому пояснити). Ураховуючи це, невтішні висновки є не чим іншим, як різновидом практичної анархії, проливаючи неприємно двозначне світло на поширене розуміння сутності й мети верховенства права, яке сьогодні стає схожим радше на комуністичний міф і пропаганду світлого майбутнього, ніж на те, чим воно уявлялось два десятиліття тому, коли стало контрсимволом, за допомогою якого можна було переконливо продемонструвати крайнє незадоволення всіма формами того, що ми вже колись знали як «існуюча нині система соціалізму».

У будь-якому разі, залежно від того, про який інструмент йдеться, вибір врешті-решт має бути зроблений між позиціями циркового дресирувальника та садівника.

Цей вибір має безпосереднє відношення до висновків, яких дійшли дві американські течії, найбільш дотичні до згаданих проблем. Зокрема, етноцентризм та культурний імперіалізм стали двома ключовими словами, які позначають сенс нового надісторичного утопізму, що точно виражає сучасні тенденції глобалізації через всебічну універсалізацію¹. Інакше кажучи, критична маса паперів, накопичених Світовим банком, змінюється залежно від остаточного вибору, який буде зроблено між двома напрямками: або, за абстрактного розуміння верховенства права, модель циркового дресирувальника, який транслює і втілює в життя власну волю, як дещо, заздалегідь визначене, або, за конкретно-історичного та локально-унікального розуміння верховенства права, модель садівника, який (1) сприймає певну культуру як даність (обробляючи її ґрунт та вирощуючи її рослини); тому (2) має сприяти подальшому розвитку її специфіки (замість реалізації власного уявлення про верховенство права або використання досвіду, запозиченого в когось в іншому місці та в інший час, шляхом простого його перенесення та застосування); у результаті чого (3) верховенство права як модель може бути не більше ніж безперервним навчанням всіх залучених суб'єктів (рівною мірою і піонерів, які історично сформували її, і учнів, які, втім, зросли настільки, що самі можуть стати вчителями нарівні з першими).

V

У будь-якому разі, а особливо в сучасній Центральній Європі з активною конституційною юстицією, існує спокуса змінити попередній нігілізм стосовно верховенства права [45] певною формою фетишизму стосовно нього², що може

¹ Щодо основної критики течій «*Law & Development*» та «*Law & Modernization*» див.: [34]. Стосовно прагнення до глобалізації через універсалізацію як ментальну особливість, внутрішньо притаманну США, які, будучи наддержавою, набагато більш чутливі до сутнісних питань, ніж до дрібниць, див. огляд: [43; 44].

² На підтвердження існування в Центральній і Східній Європі ностальгічного ідеалу

ще більше посилити залежність даних країн від зразків, яким вони слідують, і, таким чином, послабити їх творчий потенціал, почуття самоповаги і відповідальності, життєво необхідні для їх успішної відбудови.

Отже, у сучасних суспільствах варіації ідеалу верховенства права, описані в перших двох параграфах в контексті характеристики післявоєнного розвитку, можуть бути якнайкраще типізовані за допомогою наведеної нижче таблиці. Немає необхідності підкреслювати, що сама ця типізація сконцентрована на перехідному-до-верховенства-права розумінні останнього, як найбільш суворому та формальному, спрощеному та вкрай неопітському типі, представленому в обраному Конституційним Судом Угорщини шляху, односторонньо нав'язаному країні, який порівнюється з набагато більш зрілим та збалансованим типом, сформованим одразу після переходу до верховенства права після Другої світової війни, що ілюструється діяльністю Конституційного Суду Німеччини.

Німецький Конституційний Суд	Угорський Конституційний Суд
збалансований захист основних конституційних цінностей	попередній нігілізм змінено на фетишизм
не зв'язаний нічим, крім власного Основного Закону	«елегантне лавірування» ³
враховуються очікування знизу	зібрання фанатиків, що безапеляційно затверджує рішення і встановлює цінності
всебічність демократична участь / сфера діяльності охоплена за можливістю	однобічність демократична участь / сфера діяльності виключена принципово
потрібна постійна легітимація	легітимність впливає просто зі статусу
минуле припиняється	минуле триває
право можна спостерігати в повноті його здійснення та застосування	пропонування зразків / послаблення творчого потенціалу в адаптації

Відповідно, з одного боку, у післявоєнному зрілому типі ідея верховенства права виростає — якщо говорити символічно — з трави, як результат добре відчутної потреби внизу, на дні. Таким чином, воно зберігає все скоріш шляхом

верховенства права як такого, що відображує їх довоєнне минуле, і практичної нестачі певного впливу післявоєнних континентальних (західних) подій на юридичний стиль і спосіб мислення щодо їх джерел та шляхів розвитку (показовим прикладом є висування на перший план принципів як основи аргументації, поновлена чутливість до вимог природного права, особливо у формі «природи речей», і зростаюча конституціоналізація даних проблем), див., на додаток до статей автора — [46], з одного боку, і [47], з другого — [48].

Стосовно неоднозначної ролі, яку відіграв Угорський Конституційний Суд, доволіно встановлюючи, що має означати верховенство права в Угорщині, а потім роблячи власні неоспорювані висновки, що перетворювались на кінцеву мету і *sine qua non* (необхідну умову), див.: [49].

¹ Цитата одного з суддів Конституційного Суду першого скликання з доповіді про результати їх діяльності, Ім. Вереша у «*Gábor Halmai & Csaba Tordai [conversation]*», «Це буде менш елегантне лавірування над правовою системою» [50, с. 68].

чужого ставлення до народу, демократичної участі в широкому сенсі. Або, під гаслом верховенства права на практиці може відбуватись що завгодно, за умови, що практика демонструє його постійну широку підтримку. Або, його стабільне функціонування у своїй основі обумовлене рухом паралельно з точно відчутими очікуваннями, принаймні у тому сенсі, що верховенство права не повинно стати зарозумілим зібранням фанатиків, що визначає політичні шляхи і національну стратегію розвитку, реформування моральних переконань і утвердження цінностей, а має залишатися обережним, нейтральним і гармонічним, зв'язаним у прийнятті рішень тільки своїм Основним Законом, не привласненим конституційним судом країни, а таким, що поважається як основа життя всіх громадян. Тому вартості конституційності не відділяє себе ні від народу, ні від окремих груп людей.

З іншого боку, посткомуністичний тип, як популярний переважно серед спеціалістів з відкритого суспільства та сил глобалізму, недвозначно віддав перевагу формалізму і суворому правовому позитивізму всюди, де існувала небезпека негативної оцінки його творчих нововведень. Наприклад, достатньо рано для визначення загального напрямку і кінцевого результату переходу Угорський Конституційний Суд зайняв позицію, у якій було штучно створено протиріччя між законністю і справедливістю¹, у результаті чого він надав перевагу передбачуваності, як єдиній гарантії *formale Rechtssicherheit* (формальна правова гарантованість), перед будь-якими матеріальними чи субстанціональними цінностями, прийшовши зрештою від формальної безпеки у праві/права до зв'язку верховенства права з минулим, заснованого на повній відмові від усього, що стосується верховенства права. Таким чином, і скоріше непередбачувано, він зазвичай робив висновок про неконституційність деяких ключових актів (законопроектів і законів), не спираючись ні на що, крім власної віртуальної «неписаної конституції» або помилкових посилок на рішення «цивілізованих націй», або, якщо певна стаття конституції визнавалась як джерело права в цілому, просто опису Республіки Угорщини як «незалежної, демократичної держави з верховенством права»². У такий спосіб він міг, звичайно, стати керівною силою посткомуністичної трансформації Угорщини, сприяючи її виродженню у нічим не обумовлену послідовність, що могла врешті-решт законсервувати старі політичні сили, які зараз могли б повернутись як нові, забезпечені, серед іншого, новою легітимністю на основі верховенства права.

¹ Стосовно різних рішень, ухвалених сусідніми країнами, див.: [51].

² Конституція, Акт XL (25 червня 1990), параграф 2, частина 1.

Слід зазначити, що Угорський Конституційний Суд трактував цей аргумент як основу для формулювання аргументів проти прихильників державного втручання в економіку, незважаючи на те, що поняття «верховенство права» не потребує жодної однозначної юридичної дефініції.

Стосовно перших дев'яти років впорядкування судом шляхів змін див. попереднє зауваження. Щодо відносної відкритості верховенства права, як ідеального принципу, так і конкретного рішення, зваженого в межах ідеального балансу *hic et nunc* та *in concreto* в даних правових обставинах у цілому, див.: [52].

В умовах зміни часів і політичних вподобань щодо управління такий підхід до верховенства права ніколи не прагнув популярності або участі у демократичних процесах. Занадто складно було переконати когось, бути почутим і отримати позитивні відгуки, на основі яких могла бути вирішена доля нації. У багатьох справах конституційна юстиція обрала напрям, прямо протилежний позиції більшості у публічному секторі, включаючи парламент, уряд, політичні партії, а також академічну спільноту та університети, повною мірою усвідомлюючи тільки одне: він не підлягає жодному контролю, а його рішення мають конституційну силу *eo ipso*, отже, його односторонні акти від початку є неоспорюваними.

Інакше кажучи, ідея верховенства права як така зведена тут до всесильної та безконтрольної дискреційної влади. Замість опікування суспільним прогресом і долею народу, ця конституційна юстиція обмежувалась утвердженням власних інтересів, ігноруючи інші фактори, оскільки заздалегідь гарантовано, що вид конституційності, яку вона позиціонує як головну цінність, необхідну для виживання нації, від початку притаманний їй та втілений у ній.

У такій ситуації¹ роздуми А. Дайсі про суспільну думку як найважливіше підґрунтя будь-якого прогресу в праві [54] залишаються уроком, який нам ще належить засвоїти; це факт, незважаючи на який різноманітні форми, у яких ідею верховенства права було інституціоналізовано до сьогодні, постають як сильна цивілізаційна цінність.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Varga C.* Transformation to Rule of Law from No-law: Societal Contexture of the Democratic Transition in Central and Eastern Europe / C. Varga // *The Connecticut Journal of International Law*. — 1993. — № 8. — P. 487–505.
2. *Friedmann W.* The Allied Military Government in Germany / W. Friedmann. — London : Stevens, 1947.
3. *Nobleman E. E.* American Military Government Courts in Germany: Their Role in the Democratization of the German People / E. E. Nobleman. — Ft. McPherson, Ga, 1950.
4. *Montgomery J. D.* Forced to be Free: The Artificial Revolution in Germany and Japan / J. D. Montgomery. — Chicago : The University of Chicago Press, 1957.
5. *Redford L. H.* (ed.) The Occupation of Japan: Impact of Legal Reform / L. H. Redford (ed.). — Norfolk, Va. : MacArthur Memorial, 1977.
6. *Waibel D.* Von der Wohlwollenden Despotie zur Herrschaft des Rechts: Entwicklungsstufen der amerikanischen Besatzung Deutschlands, 1944–1949 / D. Waibel. — Tübingen : Mohr, 1996.
7. *Diestelkamp B.* (ed.) Zwischen Kontinuität und Fremdbestimmung: Zum Einfluss des Besatzungsmächte auf die deutsche und japanische Rechtsordnung, 1945 bis 1950 / B. Diestelkamp (ed.). — Tübingen : Mohr, 1996.
8. *Sorokin P.* The Sociology of Revolution / P. Sorokin. — Philadelphia & London : J. B. Lippincott Co, 1925.
9. *Grudzinska-Gross I.* (ed.) Constitutionalism in East Central Europe: Discussions in Warsaw, Budapest, Prague, Bratislava / I. Grudzinska-Gross (ed.). — Bratislava : Czecho-Slovak Committee of the European Cultural Foundation, 1994.

¹ Питання про те, чи дозволяють умови розвитку консолідувати демократичні починання, аналізується у ширших рамках соціальної науки К. Кульчаром [53].

10. *Szücs J.* The Three Historical Regions of Europe // *Acta Historica Academiae Scientiarum Hungaricae*. — 1983. — № 29. — P. 131–184, частково перевидано у: Gessner V., Hoeland A. & Varga C. (ed.) *European Legal Cultures* / J. Szücs. — Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney : Dartmouth, 1996. — P. 14–48.
11. *Höland A.* Évolution du droit en Europe centrale et orientale: assiste-t-on à une renaissance du «Law and Development»? / A. Höland // *Droit et Société*. — 1993. — № 25. — P. 467–488.
12. *Mattei U.* Introducing Legal Change: Problems and Perspectives in Less Developed Countries / U. Mattei. — World Bank Workshop on Legal Reform in Washington, D.C., April 14, 1997 [manuscript], Berkeley & Trento, 1997.
13. *Varga C.* The Place of Law in Lukács' World Concept / C. Varga. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1985.
14. *Varga C.* Change of Paradigms in Legal Reconstruction (Carl Schmitt and the Temptation to Finally Reach a Synthesis) / C. Varga // Peter Wahlgren (ed.), *Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honor of Jes Bjarup*. — Stockholm : Stockholm Institute for Scandinavian Law [= 48 Scandinavian Studies in Law], 2005. — P. 517 – 529, або: LXXXI *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 2004. — P. 691–707.
15. *Ortega y Gasset J.* La Rebelión de las masas / Ortega y Gasset J. — Madrid : Revista de occidente, 1930, а також: *Revolt of the Masses*. — London : Allen & Unwin — New York : Norton, 1932, або *Notre Dame : University of Notre Dame Press*, 1985.
16. *Posner E. A.* Transitional Justice as Ordinary Justice / E. A. Posner, A. Vermeule // *Harvard Law Review*. — 2004. — № 17. — P. 761–825 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/resources/40.eap-av.transitional.both.pdf>.
17. *Finnis J.* *Natural Law and Natural Rights* / J. Finnis. — Oxford : Clarendon Press, 1980.
18. *Varga C.* *Transition to Rule of Law: On the Democratic Transformation in Hungary* / C. Varga. — Budapest : ELTE «Comparative Legal Cultures» Project, 1995.
19. *Kulcsár K.* *Modernization and Law* / K. Kulcsár. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1992.
20. *Sajó A.* *Társadalmi-jogi változás [Socio-legal change]* / A. Sajó. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1988.
21. *Starr J.* *Dispute and Settlement in Rural Turkey: An Ethnography of Law* / J. Starr. — Leiden : Brill, 1978.
22. *Scholler H.* (ed.) *Westliches Recht in der Republik Türkei: 70 Jahre nach der Gründung* / H. Scholler (ed.). — Baden-Baden : Nomos, 1996.
23. *Gardner J. A.* *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America* / J. A. Gardner. — Madison : University of Wisconsin Press, 1980.
24. *Trubek D. M.* *Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development* / D. M. Trubek // *Yale Law Journal*. — 1972. — № 82. — P. 1–50.
25. *Franck T. M.* *The New Development: Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries?* / T. M. Franck // *Wisconsin Law Review*. — 1972. — № 12. — P. 767–801.
26. *Trubek D. M.* *Scholars in Self-estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States* / D. M. Trubek, M. Galanter // *Wisconsin Law Review*. — 1974. — P. 1062–1102.
27. *Merryman J. H.* *Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America: A Handbook of Legal and Social Indicators for Comparative Study* / J. H. Merryman, D. S. Clark, L. M. Friedman. — Stanford : Stanford University Press & Dobbs Ferry, N. Y. : Oceana, 1979.

28. *Linz J. J.* Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe / J. J. Linz, A. Stepan. — Baltimore : Johns Hopkins University Press, 1996.
29. *Legrand P.* European Legal Systems Are not Converging / P. Legrand // The International and Comparative Law Quarterly. — 1996. — № 45. — P. 53–81.
30. *Legrand P.* Le droit compare / P. Legrand. — Paris : Presses Universitaires de France, 1999.
31. *Sack P.* Law & Custom: Reflections on the Relations between English Law and the English Language / P. Sack // Rechtstheorie. — 1987. — № 18. — P. 421–436.
32. *Varga C.* Legal Traditions? In Search for Families and Cultures of Law / C. Varga / Moreso J. J. (ed.) Legal Theory / Teoría del derecho: Legal Positivism and Conceptual Analysis / Postivismo jurídico y análisis conceptual: Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005, I, ARSP Beiheft 106. — Stuttgart : Steiner, 2007. — P. 181–193, ra: Acta Juridica Hungarica. — 2005. — № 46. — P. 177–197.
33. *Varga C.* Varieties of Law and the Rule of Law / C. Varga // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. — 1996. — № 82. — P. 61–72.
34. *Varga C.* Reception of Legal Patterns in a Globalising Age / C. Varga // Calera N. L. (ed.) Globalization, Law and Economy / Globalización, Derecho y Economía: Proceedings of the 22nd IVR World Congress, IV, ARSP Beiheft 109. — Stuttgart : Franz Steiner Verlag, 2007. — P. 85–96.
35. *Varga C.* Comparative Legal Cultures / C. Varga. — Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney : Dartmouth & New York : The New York University Press, 1992.
36. *Visegrády A.* Scandinavian Legal Realism / A. Visegrády // Skandináv jogi realizmus. — Budapest : [Szent István Társulat], 2003.
37. *Pattaro E.* The Law and the Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to be / E. Pattaro. — Dordrecht : Springer, 2007.
38. *Varga C.* Rule of Law between the Scylla of Imported Patterns and the Charybdis of Actual Realisations (The Experience of Lithuania) / C. Varga // Acta Juridica Hungarica. — 2005. — № 46. — P. 1–11, ra: Rechtstheorie. — 2006. — № 37. — P. 349–359.
39. *Varga C.* Rule of Law — At the Crossroads of Challenges / C. Varga // Sadakata M. (ed.) Legal and Political Aspects of the Contemporary World. — Nagoya : Center for Asian Legal Exchange, Graduate School, Nagoya University, 2007. — P. 167 – 188, ra [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.jak.ppke.hu/hir/ias/20051sz/20051.pdf>.
40. *Cohen S. F.* Failed Crusade: America and the Tragedy of Post-Communist Russia / S. F. Cohen. — New York & London : W. W. Norton & Company, 2000.
41. *Varga C.* Failed Crusade: American Self-confidence, Russian Catastroph / C. Varga Transition? To Rule of Law?: On Constitutionalism and Transitory Justice Challenged in Central & Eastern Europe. — Pomáz : Kráter.
42. *Varga C.* Theory and Practice in Law: On the Magical Role of Legal Technique / C. Varga // Acta Juridica Hungarica. — 2006. — № 47. — P. 351–372.
43. *Campos P. F.* Jurismania: The Madness of American Law / P. F. Campos. — New York : Oxford University Press, 1998.
44. *Varga C.* Joguralom? Jogmánia? Ésszerűség és anarchia határmezsgyéjén Amerikában [Rule of law? mania of law? on the verge of rationality and anarchy in America] / Varga C. — XLV Valóság XLV, 2002. — P. 1–10.
45. *Varga C.* Liberty, Equality, and the Conceptual Minimum of Legal Mediation / C. Varga // McCormick N. & Bankowski Z. (ed.) Enlightenment, Rights and

- Revolution : Essays in Legal and Social Philosophy, Aberdeen : Aberdeen University Press, 1989. — P. 229 — 251.
46. *Varga C.* Development of Theoretical Legal Thought in Hungary at the Turn of the Millennium / C. Varga // P. Takács, A. Jakab & A. F. Tatham (ed.) The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985–2005: Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union. — Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2007. — P. 615 — 638.
 47. *Varga C.* Meeting Points between the Traditions of English–American Common Law and Continental-French Civil Law (Developments and Experience of Postmodernity in Canada) / C. Varga // Acta Juridica Hungarica. — 2003. — 44. — P. 21–44.
 48. *Kühn Z.* Worlds Apart: Western and Central European Judicial Cultures at the Onset of the European Enlargement / Z. Kühn // The American Journal of Comparative Law. — 2004. — 52. — P. 531–567.
 49. *Varga C.* Legal Renovation through Constitutional Judiciary? / C. Varga // Sadakata M. (ed.) Hungary's Legal Assistance Experiences in the Age of Globalization. — Nagoya : Nagoya University Graduate School of Law Center for Asian Legal Exchange, 2006. — P. 287 — 312.
 50. *Halmai G.* [conversation] / G. Halmai, C. Tordai // Fundamentum. — 1999. — № 2.
 51. *Varga C.* (ed.) Coming to Terms with the Past under the Rule of Law: The German and the Czech Models / C. Varga (ed.). — Budapest : Windsor Klub, 1994.
 52. *Fallon R. H., Jr.* «The Rule of Law» as a Concept in Constitutional Discourse / Fallon R. H., Jr. // Columbia Law Review. — 1997. — № 97. — P. 1–56.
 53. *Kulcsár K.* The New Political System and Hungarian Reality [Nos. 3–4: «Asphyxiation»] / K. Kulcsár // Angewandte Sozialforschung. — 2006. — № 24. — P. 187–200.
 54. *Dicey A. V.* Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution / A. V. Dicey. — London : MacMillan, 1885, та: Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century. — London : Macmillan, 1905.

Варга Ч. Верховенство права, або Дилема етосу: вирощування чи механічне нав'язування

Анотація. Постдиктаторські моделі транзиту можуть бути реалізовані або через повну поразку із збереженням військового контролю, що розриває зв'язок з минулим за допомогою превентивних локальних практик нового навчання демократії (як у період після Другої світової війни), або просто шляхом проголошення зрілого верховенства права, як це має місце сьогодні (наприклад, у ситуації посткомунізму). Практика може змінюватись залежно від того, чи є верховенство права набором абстрактних і повністю кодифікованих очікувань, чи це всього лише загальновизнаний ідеал, що виник колись у відповідь на конкретні виклики у певному місці у певний час за певних історичних обставин. У такому разі це мистецтво балансування між конкуруючими цінностями в межах його етосу: боротьба не може призвести до якогось остаточного результату, оскільки це процес навчання, в якому проявляються нові риси у відповідь на нові виклики. Зрештою має бути зроблено вибір між позиціями «циркового дресирувальника» і «садівника». Закономірно, що доведеться також зіткнутися зі спокусою замінити попередній нігілізм певним видом фетишизму, і це може посилити залежність даних країн від зразків, яким вони слідує, через послаблення їх власної відповідальності, життєво необхідної для успішного оновлення.

Ключові слова: постдиктаторські моделі транзиту, верховенство права, етос, конституційна юстиція.

Варга Ч. Верховенство права, или Дилемма этоса: возвращение или механическое навязывание

Аннотация. Постдиктаторские модели транзита могут быть осуществлены либо через полное поражение с сохранением военного контроля, разрывающее связь с прошлым через превентивные локальные практики реорганизации в ходе переучивания демократии (как в период после Второй мировой войны), либо просто путем провозглашения зрелого верховенства права, что имеет место в настоящее время (как в ситуации посткоммунизма). Практика может изменяться в зависимости от того, является ли верховенство права набором абстрактных и полностью кодифицированных ожиданий или это всего лишь общепризнанный идеал, который возник однажды в ответ на конкретные вызовы в определенном месте и в определенное время под влиянием определенных исторических обстоятельств. В таком случае это искусство балансирования между конфликтующими ценностями в рамках его этоса: борьба не может привести к какому-то окончательному результату, поскольку это процесс обучения, в котором появляются новые черты в ответ на новые вызовы. В конце концов, должен быть сделан выбор между позициями «дрессировщика в цирке» и «садовника». Закономерно, что придется также столкнуться с искушением замены прежнего нигилизма неким видом фетишизма, и это может усилить зависимость рассматриваемых стран от образцов, которым они следуют, через ослабление их собственной ответственности, жизненно необходимой для успешного обновления.

Ключевые слова: постдиктаторские модели транзита, верховенство права, этос, конституционная юстиция.

Varga C. Rule of Law, or the Dilemma of an Ethos: to be Gardened or Mechanicised

Summary. Post-dictatorship models for transition can be either total defeat with military control, breaking past continuity through preventing local practices to re-organise while re-educating for democracy (as in post-WWII) or just declaring full-pledged rule of law operating from now on (as in post-Communism). Practice may vary in whether or not the Rule of Law is a set of expectations categorically absolute and exhaustively codified or just a respectable ideal having once developed in response to particular challenges somewhere and somewhen, under given historical conditions. Then, it is an art of balancing amongst conflicting values within its ethos: a strive never to end and close, as it is a learning process surfacing new features once new challenges are to be met. Eventually, a choice has to be made between attitudes characteristic of a circus trainer and a gardener. The temptation at substituting past nihilism to a kind of fetishism is also to be faced, as it may strengthen the dependence of target countries on pattern-following by weakening their self-responsibility, vitally needed for successful recovery.

Key words: post-dictatorship models for transition, Rule of Law, ethos, constitutional adjudication.

Структура європейського права у порівняльній перспективі

- ‘Legal Theorising – An Unrecognised Need for Practicing the European Law’ *Acta Juridica Hungarica* 50 (2009) 4, 415–458 &
<<http://www.akademai.com/content/p35847986r2w3ww8/>> &
<https://www.researchgate.net/publication/275758610_Legal_Theorising_An_Unrecognised_Need_for_Practicing_the_European_Law> / ‘The Philosophy of the Construction and Operation of European Law’ *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto* [Roma] LXXXVIII (2011) 3, 313–344 / ‘The Philosophy of European Law with ‘Chaos Out of Order’ Set-Up and Functioning’ in *25th IVR World Congress Law, Science and Technology*, Series B / No. 009/2012 <<http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/24867>> 43 / ‘European Law Construction in a Comparative Perspective’ *Порівняльне правознавство* Сучасний стан і перспективи розвитку: Збірник наукових праць (Київ 2011), 266–272 & in *Проблеми порівняльного правознавства* Збірник тез наукових доповідей III міжнародної наукової конференції «Компаративістські читання», ред. Ю.С. Шемшученко, О.К. Маріна, І.С. Гриценко; упор. О.В. Кресін, І.М. Ситар (Львів & Київ: ЛьвДУВС 2011) 52–55 & in *Ідея порівняльного міжнародного права: pro et contra* Збірник наукових праць на честь іноземного члена НАН України та НАПрН України Уільяма Елліотта Батлера, ред. Ю.С. Шемшученко & О.В. Кресін (Київ & Львів: Ліра-прес 2015), 358–387 / ‘Constructing a European Law: A Comparative Perspective’ *Law of Ukraine Legal Journal* [Київ] 2013/3, 104–108 / ‘Order out of Chaos?’ Philosophy of the Construction and Operation of European Law’ in [National Research University Higher School of Economics, St.Petersburg] *International Colloquium ‘Law and the Global World Community’* (January, 27–28, 2012), 24–37 & *Central European Political Science Review* 12 (Winter 2011), No. 46, 88–147
- ‘Порядок из хаоса? Философия создания и применения европейского права’ [пер. В.С. Дорохин & В.С. Антонов] in *Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции* К 60-летию Андрея Васильевича Полякова, II: Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права, ред. М.В. Антонов & И.Л. Честнов (Санкт-Петербург: Издательский Дом Алеф Пресс 2014), 54–77 & *Правоведение* 2014/6, 218–235 & in *Чаба Варга Загадка права и правового мышления* Избранные произведения; Сост. и науч. ред. М.В. Антонов (Санкт-Петербург: Издательский Дом «Алеф-Пресс» 2015), 82–105
- ‘Структура європейського права у порівняльній перспективі’** *Європейське право Науково-практичний фаховий журнал* [Київ] 2012/1, 48–54

СТРУКТУРА ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВА У ПОРІВНЯЛЬНІЙ ПЕРСПЕКТИВІ



Ч. ВАРГА

*доктор юридичних наук,
професор,
директор Інституту філософії права
(Католицький університет Угорщини),
заслужений професор-дослідник
(Інститут правових досліджень
Угорської академії наук, Будапешт)*

Правова культура. Розглядаючи цілісність права як структурного явища [1, 403], можливо виокремити наступні три його рівні:

П р а в о
<i>Зовнішній рівень</i> (правові норми, прецедентне право тощо)
<i>Правова культура</i> (правові поняття, загальні принципи, юридична практика)
<i>Внутрішня структура</i>

і як не дивно, можна зробити висновок, що до цього часу правові засади Європейського Союзу (далі — ЄС, Євросоюз) охоплюють тільки перший рівень [2, 449]. Іншими словами, культура і основна структура європейського права, його концептуальні, теоретичні і методологічні засади, доктрина (в розумінні *Rechtsdogmatik*) — розроблені не повною мірою, не набули на сьогоднішній день своєї цілісності.

Дійсно, поняття *об'єктивації права* існує вже доволі давно, і втілюється у формі значної сукупності правил з досить хаотичною структурою. Угоди, укладені з Європейським Союзом, директиви та інші джерела позитивного права, прийняті представницькими та міжурядовими органами Європейського Союзу, а також сукупність рішень Суду ЄС формують право Євросоюзу. Незважаючи на це, до цього часу сукупність джерел права ЄС не була ні чітко визначена, ні узагальнена: не спостерігається ані усталеної форми правової концептуалізації, ані стратегічного розвитку, який відбувається на основі ряду принципів, створюю-

© Ч. Варга, 2012

ючи гармонійну концепцію. Навіть те, що розуміється як більш-менш узгоджена методологія, відсутнє в даному процесі. І, звісно, зважаючи на вищевказане, очевидно, що не існує справжньої доктрини, якщо тільки не відносити до доктрини навіть ті авторські праці (що переглядаються або переписуються мало не щодня), які, здається, звітують про кожну подію незалежно від її тематичної приналежності і які зазвичай позбавлені ідеї, незважаючи на те, що створюються під виглядом істинної науки.

Тим не менш, інформація у вигляді накопичених нормативних матеріалів, у кращому випадку, більше нагадує величезний масив взаємопов'язаних даних, що поповнюється, як спадок давніх традицій англосаксонського прецедентного права. Таким чином, формується сукупність важкої для розуміння інформації, яку можна класифікувати тільки шляхом використання певних методів виокремлення типових підгруп, що згодом допоможе впорядкувати цей дійсно неминучий хаос. Цієї мети можна досягти шляхом виділення певних блоків інформації, які відрізняються по-справжньому значними диференційними ознаками, якщо їх розглядати з конкретної точки зору. Однак, треба мати на увазі, що жоден із таких структурних елементів не слід вважати незалежним або відокремленим у даній формі. Це також в жодному разі не зумовлено заздалегідь, оскільки використання різних наборів принципів або методів у спробі створення/сприйняття порядку може призвести до значного розриву інших взаємопов'язаних елементів. У результаті було б просто помилковим називати це порядком або системою.

Якби ми навіть наважились прийти до якого-небудь висновку на основі заперечення існування і очевидної неповноти системи, тоді, звісно, ми усвідомили б те, що процес розвитку в його нинішньому вигляді може розумітись та трактуватись тільки як *частковий*, оскільки відсутні навіть усталені потенційні основи і надбудови: ми сприймаємо тільки скоординовані наміри і дії, а не діяльність насправді єдиного співтовариства [3, 198]. Помітно відсутня розвинена загальна правова культура, що призводить до значного подальшого *відставання*. І, зрештою, в європейському праві конкретні складові спільних намірів і зобов'язань можуть бути *заміщені окремими цілями*, які, як виявляється, все частіше можуть існувати відокремлено. У такому разі ми можемо отримати дещо *імпровізований* результат: поступовий прогрес, передбачене за замовчуванням планування уповільнюються через необхідність досягнення компромісів, тому що те, що в іншому випадку могло б стати концептуально послідовним прогресом, може значно гальмуватись (і переважно гальмується) спеціальними рішеннями *ad hoc*, які приймаються ледь не щоденно. Іншими словами, ми маємо величезну добре сформовану, діючу інституційну структуру, керовану авторитетним апаратом чиновників, які тримають владу у своїх руках. Отже, окремі службовці роблять все, що вважають за необхідне у межах своїх повноважень. І якщо тільки їх дії не призводить до якогось серйозного несподіваного збою, то повсякденне управління добре виконує свої функції.

У цьому випадку європейське право є *вторинним*; жодна частина насправді не є оригінальною — оскільки вона не є тією, яка сама себе створює, а має похідний характер. Або ось типовий приклад: «Закон ЄС не є “європейською правовою культурою”, але є результатом європейської правової культури» [4, 216]. Таким

чином, як би ми не намагались, на даний момент ми не можемо систематизувати «загальну правову доктрину» [5, 41], яка буде складатись із загальних понять, способів мислення і уніфікованого ставлення до закону. Серед представників європейських правових шкіл відсутня єдність стосовно вирішення цього питання. Тому немає нічого дивного в тому, що відсутність такої єдності змушує вчених зосередити зусилля на підготовці єдиної загальноєвропейської кодифікації [6, 89]. Кодифікація є формою, в якій втілюється необхідна комплексність загального права, зважаючи на нечіткість первинних засад формування і той факт, що американський експеримент з окремими (типовими) кодексами і неофіційними витягами з закону залишився невипробуваним. Бажаним є формування кодексів, тобто централізоване введення загального зводу законів. Також активно йде пошук нових варіантів вирішення ситуації, широко обговорюється голландський підхід, ідея якого полягає у можливості вибору (на національному або індивідуальному рівнях, тобто у кожному конкретному випадку). Навіть так звана «загальна система цінностей» розглядається ніби «троянський кінь» і замінюється на кодифікацію при утвердженні її континентальної природи та системності, незважаючи на недосконалість існуючої демократії. Здається, що всього цього дотримуються, незважаючи на той факт, що самі лише принципи без уніфікованості, яка лежить в основі культур, не можуть гарантувати правову безпеку. І хоча угоди є найбільш технічними аспектами всіх відносин у межах приватного/цивільного/комерційного права, на рівні співтовариств виникає хаос через казуалізм їх регулювання. Однак, незважаючи на все це, можна сміливо передбачити поступове зближення шляхом запровадження спільного регулювання.

Культура не залежить від часу. Тому культуру не слід розглядати як символ, втілений у традиціях певного періоду часу. Важливішим є те, що культура має намір *передати традиції далі* [7, 181]. Усвідомлення побудови традиції не достатньо. Тому, як це широко зазначається, «Європейський Союз, як і будь-яка держава, потребує символів, спогадів та міфів, які можуть стати джерелами або каталізаторами емоційної прихильності» [8, 159]. Проте інструменти європейського права, як правило, просто *механічно нашаровуються* на вже існуючу традиційну сукупність правових норм, не будучи органічно інтегрованими, або навіть без намагання здійснити їх успішну інтеграцію. Тому «європейські правові норми буквально скопійовані і вставлені в національне законодавство, навіть без будь-якої спроби інтегрувати їх у нове єдине ціле» [9, 87]. І це має місце, незважаючи на те, що справжнє джерело формування внутрішнього законодавства може бути охарактеризоване як таке, що залежать від факторів щодо злиття, не передбаченого законом, так як все «це переважно питання *правової культури*, аніж позитивного права». У результаті очікувана взаємодія, яка відбувається в культурному контексті, який фактично заснований на взаємовідносинах, позбавлений плюралізму, і просто призведе до односторонньої ізоляції. Крім того, це відбувається в рамках процесу, який керується, так би мовити, наднаціональними нормами у національному праві, який «нині перебуває на етапі *правової акультурації*» [10, 493]. Тим не менш, це дає нам певне почуття надії, оскільки нескладно уявити, що ряд національних акультурацій, які відбуваються у зв'язку з «шоковою глобалізацією», в кінцевому результаті повинен спровокувати зво-

ротну реакцію, яка полягає у поступовому формуванні всієї структури. Іншими словами, ці надзвичайно складні комплекси передбачають прихований потенціал для маневру і впливу, а також мають механізми, які навряд чи можна виявити заздалегідь, але які в той же час і у значній мірі здатні діяти врозріз з прогнозованими напрямками і питаннями.

Загалом культура визначається як характерна риса спільноти, програмування колективних поглядів. Правова культура, яка відрізняється від простих звичок, навичок і відносин, також розуміється як образ мислення (яке постійно розвивається) з попередньою селективною силою, яка, як частина справжньої онтології закону, набуває форми у взаємодії з кожним з нас у рамках даної культури, навіть якщо головним чином застосовується правознавцями. Незважаючи на значну об'єктивізацію, правова культура Європейського Союзу є недостатньою, зводиться до поверхневих проявів, які стимулюються, головним чином, запозиченими компонентами. За наявності різних типізацій у межах Союзу також може бути порушено питання, які з компонентів національного права стають спільними і що повинно залишитись від національних правових культур, якщо їх складові частини є окремими елементами, які можуть вільно обиратись.

Функціонування великої системи. Завдяки функціонуванню європейського права сформувався новий порядок, який діє як *відкрита система*. Звісно, існують певні наріжні камені, такі як цінності, принципи, і доволі велика кількість правил. Тим не менш, все це відчутно впорядковується у систему із прогнозованими стадіями, запрограмованими заздалегідь тільки з урахуванням їх фактичного сучасного розуміння. Тим не менш, жоден із компонентів, які входять до цієї функціональної одиниці, не може бути відправною точкою при спробі описати загальний характер спектра її системного впливу, її структуру, майбутні процеси, розпочаті від її імені, і їх нормативно передбачені кореляції. Усі її елементи є взаємопов'язаними і попередньо визначеними, тобто сам по собі окремий елемент не має вирішальної сили, тому перебуває тільки в певних гнучких та перехідних (тобто безпосередньо актуалізованих) зв'язках з іншими елементами, які здатні демонструвати вирішальну силу. Але його контекстуалізація і позиціонування визначається конкретною ситуацією у певний момент часу, тобто його відкритістю по відношенню до зовнішньої ситуації, його стратегічним і тактичним вибором при вирішенні реальних проблем, які виникають у реальному світі у конкретній ситуації [11, 219]. В умовах постійної взаємодії єдиною реальною похідною є те, що учасники сучасних процесів мають відштовхуватись від стану попередньої системи. Це відбувається через значні відмінності основ: вони стикаються з різноманітними окремими напрямками під час формування різних потенціалів, тобто самі по собі вони мають значення, але не утворюють замкнену систему, тому її особливе тлумачення завжди відбувається шляхом безперервного балансування на основі нескінченного оновлення.

Або справа далеко не в європейській системі, яка перебуває в стадії конфлікту з усіма національними; швидше вона є центральним форумом, який співіснує з державами-членами, в той час як останні самі є європейськими утвореннями. Судді національних судів повинні ухвалювати рішення в якості європейських суддів, як частини Європи, що стає все більш інтегрованою [12; 13, 415].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. **EC Law** : An Independent Legal Order or a Post-modern Jack-in-the-Box? // **Dialectic of Law and Reality** : Readings in Finnish Legal Theory / ed. by L. D. Erikson, S. Hurri. — Helsinki : University of Helsinki Faculty of Law, Forum iuris, 1999. — P. 397–435.
2. **W. J. van den Brink** T. Jack-in-the-Box Theory of European Community Law // **Dialectic of Law and Reality** : Readings in Finnish Legal Theory / ed. by L. D. Erikson, S. Hurri. — Helsinki : University of Helsinki Faculty of Law, Forum iuris, 1999. — P. 437–454.
3. **De Schutter** O. Europe in Search of its Civil Society // **European Law Journal**. — 2002. — Vol. 8. — № 2. — P. 198–207.
4. **Visegrády** A. Legal Cultures in the European Union // **Acta Juridica Hungarica**. — 2001. — Vol. 42. — № 3–4. — P. 203–217.
5. **Zimmermann** R. Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe // **Towards a European Civil Code** / Ed. by A. Hartkamp et al. — 3rd rev. ed. — Nijmegen : Ars Aequi Libri & The Hague: Kluwer Law International, 2004. — P. 21–42.
6. **Varga** Cs. Codification at the Threshold of the Third Millennium // **Acta Juridica Hungarica**. — 2006. — Vol. 47. — № 2. — P. 89–117.
7. **Varga** Cs. Legal Traditions? In Search for Families and Cultures of Law // **Legal Theory : Legal Positivism and Conceptual Analysis** / Ed. by J. J. Moreso. — Stuttgart : Steiner, ARSP Beiheft, 2007. — P. 181–193.
8. **Cotterrell** R. Images of Europe in Sociolegal Traditions // **Living Law : Studies in Legal and Social Theory**. — Aldershot : Ashgate, Collected Essays in Law, 2008. — P. 145–163.
9. **Van Hoecke** M. European Legal Cultures in a Context of Globalisation // **Law and Legal Cultures in the 21st Century : Diversity and Unity** / ed. by T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach. — Warszawa : Oficyna, 2007. — P. 81–109.
10. **Garapon** A. French Legal Culture and the Shock of «Globalization» // **Social & Legal Studies**. — 1995. — Vol. 4. — № 4. — P. 493–506.
11. **Varga** Cs. Structures in Legal Systems : Artificiality, Relativity, and Interdependency of Structuring Elements in a Practical (Hermeneutical) Context // **Acta Juridica Hungarica**. — 2002. — Vol. 43. — № 3–4. — P. 219–232.
12. **The European Court and National Courts : Doctrine and Jurisprudence** / ed. by A.-M. Slaughter et al. — Oxford : Hart, 1998. — P. xli + 400.
13. **Varga** Cs. Legal Theorising: An Unrecognised Need for Practicing the European Law // **Acta Juridica Hungarica**. — 2009. — Vol. 50. — № 4. — P. 415–458.

Варга Ч. Структура європейського права у порівняльній перспективі

Анотація. У статті розглянуто основу побудови європейського права, звернено особливу увагу на те, чи є воно правовою культурою в рамках функціонуючої великої системи. У складі відкритої системи, при нескінченному перетині діалектик, існують тільки деякі гнучкі та динамічні поєднання елементів права, які здатні мати певну вирішальну роль, хоча прийняте на сьогодні пояснення ґрунтується (з посиланням) на колишній системі самозакриття.

Ключові слова: Європейське право, національне законодавство; правова культура; інтерпретація, функціонування; кодифікація, кодові замінники; самотворення, самозакриття; пояснення, обґрунтування.

Варга Ч. Структура европейского права в сравнительной перспективе

Аннотация. В статье рассмотрены основы построения европейского права, обращено особое внимание на то, является ли оно правовой культурой в рамках функционирующей большой системы. В составе открытой системы, при бесконечном пересечении диалектик, существуют только некоторые гибкие и динамичные сочетания элементов права, которые способны иметь определенную решающую роль, хотя принято на сегодняшний день объяснение базируется (со ссылкой) на прежней системе самозакрытия.

Ключевые слова: Европейское право, национальное законодательство; правовая культура; интерпретация, функционирование; кодификация, кодовые заменители; самосозидание, самозакрытие; объяснение, обоснование.

Varga Cs. European Law Construction in a Comparative Perspective

Annotation. The basic construction of European law is in quest with special regard to whether or not it proves to be a legal culture itself as permeated by grand-system functioning. In its open system in an unending conflux of dialectics it is only some flexible and transient conjunction of all construction components that is capable of exhibiting anything of a definitive force, albeit today's normative justification is founded on—by reference to—the system's yesterday self-closure.

Key words: European law, national laws; legal culture; construction, functioning; codification, code substitutes; autopoiesis, self-closure; justification, substantiation.

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА, ТЕОРІЯ ПРАВА І МАЙБУТНЄ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ

‘Jogfilozófia, jogelmélet – a teoretikus jogi gondolkodás jövője’ *Jogelméleti Szemle* 2006/1 <<http://jesz.ajk.elte.hu/varga25.mht>> & in *Jogelmélet és önreflexió* szerk. Nagy Tamás & Nagy Zsolt (Szeged: Pólay Elemér Alapítvány 2007), 39–48 [A Pólay Elemér Alapítvány könyvtára 16] / ‘A jog és a jogfilozófia perspektívái a jelen feladatai tükrében’ *Állam- és Jogtudomány* XLIX (2008) 1, 17–32 / ‘Jogfelfogások és jogfilozófiák (A jogi bölcselkedés jövője)’ *Valóság* LI (2008) 10, 10–19 & <<http://www.valosagonline.hu/index.php?oldal=cikk&cazon=1097&lap=0>> & ‘A teoretikus jogi gondolkodás jövője’ in Varga Csaba *Elméleti jogtudomány* Körkép, dilemmák, útkeresések (Budapest: Pázmány-Press 2017), 113–128 [Tanulmányok 36] & <<http://mek.oszk.hu/17900/17995/17995.pdf>>

‘Legal Philosophy, Legal Theory – and the Future of Theoretical Legal Thought’ *Acta Juridica Hungarica* 50 (2009) 3, 237–252 & <<http://akademaii.om.hu/content/0318830q86810656/fulltext.pdf>> & <https://www.researchgate.net/publication/250979017_Legal_philosophy_legal_theory_and_the_future_of_theoretical_legal_thought> & in *IV Науков читання* присвячені пам’яті Володимира Михайловича Корецького: Збірник наукових праць, ред. Ю.С. Шемшушенко et al. (Київ: Київський університет права НАН України 2011), 35–49 & in *V Науков читання* присвячені пам’яті Володимира Михайловича Корецького: Збірник наукових праць, ред. Ю.С. Шемшушенко et al. (Київ: Київський університет права НАН України 2012), 16–27

Філософія права і загальна теорія права [Київ] 2012/1, 116–130

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА, ТЕОРІЯ ПРАВА І МАЙБУТНЄ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЇ ДУМКИ¹



Ч. ВАРГА

*доктор юриспруденції, професор,
заслужений професор,
засновник Інституту філософії права
(Католицький університет Угорщини),
заслужений професор-дослідник
(Інститут правових досліджень
Угорської академії наук)*

1. ЗАПИТУВАННЯ ТА РОЗУМІННЯ

Якщо би ми володіли справді великими істинами, то їх не було би так багато і вони би не змінювалися з плином часу. Попри це, я, все ж таки, вірю, що вони існували та існують як такі. Проте зміна в часі стосується не стільки істинності чогось, скільки — за аналогією до старих повір'їв, які й надалі живуть у нас й у різних умовах проявляються новими аспектами й асоціаціями, — збагачення та вдосконалення таких істин, подібно до накопичення життєвого досвіду (у вигляді концентричних або неконцентричних кіл), що дає змогу по-новому подивитися на постійні спроби миттєво фіксованого синтезу.

2. ПРАВО ТА ФІЛОСОФІЯ

Саме наше розуміння кладе початок феномену права. Саме наше розуміння визначає та подає право у певній формі феномена. Те ж саме розуміння, яке дає нам змогу на певному рівні і певним способом зрозуміти право у нашому соціальному середовищі, дозволить нам — на іншому рівні й іншим способом — зрозуміти й філософію права. Це право і ця філософія права згодом можуть вступати у взаємодію на тих рівнях та такими способами, які відповідають їхнім взаємозв'язкам.

2.1. Право і філософська мудрість

Уявляючи собі світ як результат свідомого планування, ми справді можемо заявити (слідом за новозавітним євангелістом, який висловив це із винятковим лаконізмом), що «спочатку було Слово» [1]. З іншого боку, вдаючись до раціоналістичної експлікації, заснованій на простому емпіризмі світської вченості, на ґрунті повсякденного досвіду, ми спостерігаємо постійно відновлюваний процес трансформації нашого середовища у все більш складні структури шляхом створення низки штучних конструкцій, які здатні до самоорганізації.

¹ Varga Cs. Legal Philosophy, Legal Theory — and the Future of Theoretical Legal Thought. Переклад С. Рабіновича.

© Ч. ВАРГА, 2012

У теології, з одного боку, право від самого початку може розглядатися як результат виконання людиною Божого Замислу, та його застосування для імплементації визначених ним можливостей. Або ж можна стверджувати також, що саме теологічна філософія породжує право, наголошуючи на цінностях минулого при визначенні різних напрямків, які у рівній мірі можна обирати.

Проте, з іншого боку, розглядаючи це питання з протилежної точки зору, вважаючи його однією з тих гомогенізацій, які неодмінно виникають на підґрунті гетерогенності нашого повсякденного існування, ми, очевидно, повинні вбачати в розвитку юридичної гомогенності, в її зміцненні та досягненні соціальної автономії у більш ніж одному відношенні певний різновид процесу, заснованого, по суті, на практиці. У цьому процесі та частина знань, яка відкривається тим, хто зайнятий загальнотеоретичними дослідженнями у сфері права, повинна втілювати триваючу раціоналізацію практичних відповідей на виклики часу. Спочатку така раціоналізація у кращому випадку є, ймовірно, лише наступною після реального розвитку подій. Проте після завершення юридичної гомогенізації вона звичайно стає паралельною до них. І коли у разі свідомого соціального планування та інженерії (коротше кажучи, за юридичного волюнтаризму) вона виходить на передній план та стає винятковою, вона стає також визначальною силою.

Відколи люди почали філософствувати про свій світ, вони також роздумували про його порядок, можливості та межі. У цьому сенсі філософія права є такою ж давньою, як і людська соціальна саморефлексія. Грецька філологія вже ставила завдання семантично реконструювати, зокрема, знаки, що стосуються існування певного виду права чи юридично відповідного явища у класичному періоді, у певний спосіб позначаючи їх, як це засвідчують наявні епічні поеми та чимало лінгвістичних фрагментів, щоб реконструювати ці ознаки у контексті сучасного світобачення й основоположних філософських поглядів [порів. 2, с. 279]. З тих часів усі людські зусилля були спрямовані на створення чогось на кшталт формального права, на архетипи якого можна натрапити в далекому минулому у ранньому юридичному формалізмі (тобто в ініціативах стародавнього Близького Сходу, античної Греції та Риму, які сьогодні вважаються первинними і вперше були проаналізовані сером Г. Мейном). Хоча воно почало сягати рівня свого сьогоденного панування з часів рецепції римського права (проведеної спочатку в Болоньї) та з доби кодифікації національного законодавства у XVIII–XIX ст., коли це право досягнуло найбільш розвинутої форми та методологічної жорсткості у доктринах [порів. 3, с. 391]. Позитивність права (яка виходить на перший план з вимогою визнання реальності права як факту), очевидно, приховує ту фундаментальну обставину, що за правом як опредметненою функціонуючою структурою, яка діє, так би мовити, з механічним автоматизмом, стоять реальні людські істоти, які оперують ним відповідно до обставин свого повсякденного життя, та які вимушені брати на себе це відповідальне та зобов'язуюче моральне завдання, задіявши всі свої знання та здібності¹.

¹ Прикладами віддалі між двома протилежними полюсами розвитку моєї власної думки від усвідомлення проблеми до системного пояснення є [4, с. 385–411], з одного боку, та [2] — з другого. Див. також в американському контексті, починаючи з лівого критичного деконструкціоналізму «критичних правових досліджень» В. Конкліна [5, с. 129–173] та феноменології

Водночас більш-менш регулярне «технічне обслуговування» є необхідним для того, щоб уможливити цю повсякденну операцію, яка включає очищення права (від непотрібних частин та відходів) та удосконалення (відповідно до робочих концепцій та необхідності запобігти його дегенерації аж до соціальної дисфункції), а також постійне прояснення базових положень, необхідних для його подальшого довготермінового стратегічного розвитку. Саме під час виконання цієї останньої функції нам знову стає видимою теоретична думка, спрямована на право.

2.2. Зовнішні вияви сучасного формального права

Юридичне регулювання завжди має на меті передусім визначити нечітке та непередбачуване майбутнє, щоб таким чином надати йому вічної дійсності. Однак ми знаємо, що заведений порядок, який виникає звідси, завжди є тимчасовим. Через деякий період часу правила невідворотно будуть оточені відхиленнями від них (у формі винятків), що рано чи пізно призведе до формулювання нових, більш детальних правил. Під відносною сталістю юридичної форми криються протилежні інтереси, які чинять тиск одні на одних і перебувають у процесі стискання, аж поки не будуть вирішені в ній. Вони постійно адресуються — допоки відбувається запитування — до встановленої форми. Водночас вони роблять її життєздатною, переоцінюючи її зміст шляхом практичної інтерпретації — розширюючи, звужуючи або просто змінюючи сферу застосування. Або ж юристи повинні мислити в поняттях альтернативності, шукати придатні форми, і коли потрібна форма, зрештою, знайдена, кристалізована як така, що узгоджується з цим завданням, вона стає «заданою» для наступної проблеми, щоб формуватися далі і щоб таким чином бути також перехідною. Хоча водночас ця форма залишається головною гарантією наступності культурної основи для юридичного вирішення проблеми, тобто для триваючого дотримання традиції створення зразків, сама існуючи як зразок.

Можна сказати, що, по-перше, позитивне регулювання, по-друге, *Rechtsdogmatik* (юридична догматика), виробляючи концептуальні контексти, засновані на узагальненні минулої практики і, таким чином, окреслюючи її шляхи на майбутнє, а також, по-третє, доктрина (створюючи теоретичні підвалини певних галузей регулювання) в сукупності конституують лише декілька засад для юридичної практики. Звісно, все це ледь проглядається у всіх сильно технізованих та глибоко матеріалізованих культурах, де право жорстко вбудоване в установлений порядок (і включене до нього) настільки, що саме стає відчуженим; де ціла маса юридизованих відносин, процедур та заходів може потребувати широкомасштабного професійного управління, здійснюваного юристами-фахівцями; і де все наше життя майже повністю оточене та опосередковане різними установами, які діють у сферах підприємництва, торгівлі й руху на основі численних стандартів. Такі культури насичені постійно зростаючою масою інструкцій та довідників, які створюються, потім розбиваються на процедурні модули і після цього узагальнюються в блоки схем лише для того, щоб, врешті-решт, бути переповненими інтерпретованими інтерпретаціями та комен-

юридичного дискурсу [6, с. 285].

тарями, які нескінченно коментуються. Як добре відомо, все це відбувається з огляду на розвиток стандартизації, яка передбачає поширення на нові сфери, вглиб та в деталі, а також застосування до відносин, які за цей час змінилися, і до віддачі, переоцінки тих відносин (*ratio*), які визначають цю закономірність. У нашій сучасній формальній культурі все це, власне, і конститує середовище правозастосування, забезпечення його стандартних меж, слугуючи його безперервному оновленню, тобто постійне *Aufhebung* (зняття) [трансцендентність у збереженні] цього нерозривного процесу [7, с. 23–37].

Ці матеріалізовані структури пропонують підхід із використанням мовних практик та комунікації, тобто самоцільовий та саморушійний механізм, який, постійно розширюючись, відтворює добре розроблені можливості та шляхи у вигляді чітко визначених практик чи форм людської діяльності. В їхній феноменальній формі (тобто в концептуалізації їхньої культури) прихована творча здатність людського інтелекту, яка водночас діє в ньому, приховане практичне прагнення реагувати на нові виклики в будь-який час і, звичайно, також потреба забезпечення гуманності реакції людини та невідворотна відповідальність, яка також постає з того факту, що людина народжена для спричинення наслідків.

Тим часом, сам предмет теоретичної юриспруденції, здається, стає невидимим у такому чаклуванні. Але, звісно, він там є, щонайменше у троїстому сенсі. По-перше, він з очевидністю репрезентує себе у стратегічному плануванні та прийнятті рішень, коли ми шукаємо майбутню або змінюємо цю концептуалізовану культуру внаслідок нових ситуацій або модифікованих уявлень. Інтелектуальні конструкції, як ті міркування, які перебувають за формалістичними опорами, що підтримують зовнішню видимість установленого порядку, мають бути ре-активовані тоді, коли, з огляду на існуючі недоліки в регулюванні (навіть якщо зберігається вигляд формалістичного автоматизму), первинне оцінювання набуває форми рішення — таким чином можуть бути заповнені прогалини в законі або в класичних випадках дискреції. По-друге, паростки теоретичного мислення активізуються невидимо в повсякденній практиці, коли ми приховуємо наші орієнтовані на наслідки практичні міркування за начебто безпроблемною послідовністю висновку під час вироблення юридичних рішень, залишаючи роботу наступній аналітичній реконструкції, яка виявляє, що нічого не відбувається, окрім вибору між альтернативами. І по-третє, природно, що ми культивуємо теоретичну юриспруденцію та використовуємо її результати, коли, застосовуючи її до нашої ситуації, пропонуємо наукове пояснення нашого соціального світу.

2.3. Диференціація за складністю

Природний, суспільний та інтелектуальний світи людини утворюють певний різновид єдності та послідовності. Наше природне середовище присутнє, навіть якщо ми змінили його. Суспільне середовище навколо нас створювалося нескінченними серіями конвенціоналізацій протягом поколінь (тож ми фактично пов'язані з ним як із чимось, що дається готовим, навіть якщо ми постійно реформуємо його шляхом реконвенціоналізації). На інтелектуальному рівні ми підходимо до них на критичну відстань, проте додаємо наші специфічні суджен-

ня¹. В кінцевому аналізі існують тенденційні кореляції, які домінують у тріаді людських природних, суспільних та інтелектуальних світів як найбільш змінні імпульси та розпізнавання, творчі зусилля та практичні відповіді, які надходять нескінченно та повинні, якщо дивитися з позиції історичної перспективи, створити в будь-якому суспільстві стан збалансованості. Все, що може бути створене, буде в остаточному підсумку створене фактично. Це однаково стосується нашого природного світу та нашого поняття про нього, того, як діє наша соціальна інституціоналізація під час виконання своїх функцій, а також того, як діє у всьому цьому наша інтелектуальність, формуючи їх та формуючись сама під впливом нашого щоденного досвіду. Тут не задіяні ані ціннісні судження, ані загалом будь-яке твердження, а лише задіяне те, що доведеним є факт, якщо ми тепер в цьому переконалися, що складність нашого суспільного існування створила поєднання, внутрішня будова якого склалася в історичний час, а також що в ньому відбувся процес *Ausdifferenzierung des Rechts* (диференціації права) [9], принаймні в більшості цивілізацій та культур. Наші соціальні речі, матеріальні практики та відчужені вироби — все пронизане об'єктиваціями, які ми повинні враховувати — *nolens, volens* (*хочемо ми того чи не хочемо*) — як складову нашого соціального світу та які слід розглядати як самостійні предмети пізнання [10].

Право? Це дещо пануюче та діюче, місце якого чітко визначене загальноприйнятими суспільними конвенціями в нашому повсякденному житті. Очевидно, воно сильно відрізняється від усього іншого, і тільки теоретично, шляхом де-конструктивної реконструкції може бути доведено постфактум, що врешті-решт право — це не більш ніж спосіб мовлення, особлива комунікація або колективна гра. Все це можна сприймати як реальність тією мірою, якою воно дійсно використовується як основа для референцій². Проте згідно з правилами гри самого права така специфічна (правова) комунікація передбачає з самого початку, що ці референції реально зроблені на кожному важливому перехресті і на кожному новому старті. І обсяг, в якому такі референції можуть бути зроблені взагалі, обмежується так званою валідністю (*validity*), висловлюючись у такий же спосіб. А дійсність охоплює сферу, утворену відповідно до тих самих правил гри [13].

3. ВИСНОВКИ

Зі всього цього передусім впливають два суттєві висновки. Обидва, можливо, вже були очевидними десятиліття назад. Проте їм бракує належної виразності лише з огляду на те, що в наш час так багато небезпек та загроз. І нарешті,

¹ Дж. Лукаш наводить гарний приклад у своїй праці «Наприкінці століття» стосовно зміни культурного ландшафту у швейцарських горах, описуючи, як він змінився від невиразного, занадто тосчного для безтурботного життя в достатку, що автор пояснює зміною в розумінні людиною умов свого людського проживання, заснованого передусім на соціальній адаптації до середовища [8].

² Як відомо, скандинавський правовий реалізм зробив найбільше для реалізації цього. Див. [11] і для загального ознайомлення [12].

третій висновок можна зробити з двох попередніх, базуючись на деяких тенденціях, які виявляються в теперішній час.

3.1. Правове філософствування, зведене до дискурс-реконструкції

Як бачимо, правове теоретизування розпочинається шляхом проблематизації того, що може здаватися безпроблемним у повсякденному житті, тобто коли ми запитуємо про начебто очевидне, особливо про «як» і «чому» сумнівного нормативного конформізму щодо правил у судовій практиці — з притаманною цьому невивчливістю і непоштивістю до традицій. Це, власне, те (а саме: системне культивування єретичної недовіри, яка в принципі може виникнути у будь-якого учасника так званої судової події, якщо організувати цю недовіру у велику теорію), що триває нині переважно під егідою професійного юридичного теоретизування. Те, що я тут маю на увазі, є своєрідним протиставленням. Тому що приблизно кілька десятиліть тому ми — урочисто та серйозно — цікавилися «епістемологією та методологією права», «теорією юридичних відносин» та вольовою природою права, а також усілякими іншими термінологічними маркерами та ознаками, які належать до права чи пов'язані з ним; так само, як спочатку біофізик, а потім біохімік звертаються до (тваринного/людського) тіла лише для того, щоб передати свій символічний ланцет анатому, а потім патологу, дозволяючи кожному відрізати те, що йому потрібно, припускаючи, що все, що ми думали про тіло, має бути і в живих, і в мертвих. За такого тілесного бачення права мускули можуть постаріти, жили та кістки в найкращому разі стертися, проте тіло як таке ще може функціонувати. На протигагу переконливому артикулюванню такої блискучої наївності — *sancta simplicitas* (свята простота), те, що ми робимо сьогодні, це в кращому разі ламаємо форми та диференціюємо згідно з властивостями, притаманними праву або приписуваними йому у наших мовленнєвих актах. Тому що те, що ми робимо тут, це аналіз: ми оперуємо поняттям щодо поняття і витягаємо його (як сучасні послідовники барона Мюнхгаузена) з того, що воно є саме для того, щоб врешті-решт помістити його назад у те, чим воно є. Замість старомодного, статичного розчленування нібито дискретних (тобто таких, що окремо досліджуються) складових права, ми сьогодні складаємо теорію з того, що колись обачно не хотіли навіть помічати. Щось подібне до того, як у дещо ексцентричному прикладі, коли в атлетиці (з огляду на якісь дивні мотиви) ми раптово починаємо концентрувати нашу увагу не на м'язових зусиллях або естетиці, а на сечовиділенні чи потовиділенні, відбувається й у глибоко прихованій проблемі того, як суддя може продовжувати справу шляхом неухильної демонстрації своєї логічності, коли висновки, які є у всякому разі практичними, далекі від логічності.

Така зміна за своїм характером ясно свідчить, що ми більше, аніж думали, турбуємося про моду, принаймні в одному сенсі цього слова. Особливо наш інтерес до будь-якого певного предмета (включно із самим основоположним вибором) також стимулюється тенденціями епохи. Сьогодні питання постає не в плані «що?», а в плані «попри все це, яким способом?». Це тому, що ми не бачимо у предметі природно даної *donné* (даності), а лише віртуальну конструкцію,

яку потрібно деконструювати¹. Насправді ми під мікроскопом вирізаємо клаптики з нашої підсвідомості. Ми вихваляємося тим, що абстрагуємося у дослідженні, хоча на практиці перетворилися на самозакоханих саморозтиначів. Дух нашого часу щодо сучасної теоретичної юриспруденції не тільки сфокусований на питанні «як?», але й несподівано створює людське відображення чи концептуальне відношення з учорашнього поєднання незалежних сутностей. Таким чином, чи шукаємо фрази та повторюваність у лінгвістичній практиці (тобто попередні положення припускаються розумними щодо начебто розумного твердження) у сфері права замість того, щоб цікавитися «його реальністю», яка, вважається, існувала раніше [15].

Все це є не розумовим вивертом, а проекцією, або ж ментальною реакцією, на зміну самого предмета пізнання як об'єктивації, що має соціальне походження.

3.2. Невирішене питання про природне право

Інший висновок стосується передумов такої практики, а саме питання про те, чи містить право виключний критерій своєї дійсності у формальній процедурі (деяким чином фактично обумовленій емпіричною та кількісною ефективністю) і чи може той чи інший чинник (аспект чи властивість) відігравати будь-яку роль у встановленні такого критерію. Беручи до уваги, що право в нашій сучасності дійсно розвивалося в такий спосіб (тобто шляхом автономізації від інших соціальних чинників, що призвело до відокремлення права, до його виходу за межі свого середовища, основоположно визначених у *theologicum* та *ethicum*, пронизуючи усі форми людських відносин та врешті-решт домінуючи над ними у межах *ordo* (порядку) нашого суспільного оточення), згодом очевидні властивості соціальної складності та *imperativum* (імператив), який колись становив *sine qua non* (беззаперечну умову) їхнього мінімального змісту, також зникнуть із того, що ми можемо на сьогодні обґрунтовано називати сучасним формальним правом [16; 17]. Що ж у такому випадку залишається від реальності аксіологічного підходу до права? Вельми небагато втішного в тому, що підходи, засновані на цінностях, незмінно отримують вільну зону в правовій політиці (*Rechtspolitik*) та теорії законодавства (*Gesetzgebungslehre*), а також у доктринах застосування права (*Rechtsanwendungslehre*), переміщуючи альтернативні варіанти (передбачаючи момент незалежного *decisio* — рішення) в односпрямовану логічну послідовність висновків як вербально, так і з культурного погляду (оскільки останнє не обов'язково підвищує рівень усвідомлення дискреційних повноважень, які у всякому разі діють там завдяки тим, хто приймає рішення).

Що стосується, так би мовити, постійного конфлікту між *природним правом* та *юридичним позитивізмом* [18], можемо стверджувати лише, що перше поступово втрачає свої позиції настільки, що ми не можемо зараз розцінювати цю опозицію інакше, ніж як символічне вираження складних проблем, починаючи з класичних часів (від давніх греків, через римлян та середньовіччя до ранньої модерності), відхід від тимчасової ролі *ancilla theologiae* (служниці богослів'я) до

¹ Щодо понять, вироблених Ф. Жене стосовно «Я надаю» та «Я буду», див. [14].

досягнення *ренесансу* людських якостей, практично перенесених також на наш земний порядок. Інакше кажучи, увага до інтересів людини (із зосередженням на чистій корисності, на *praxis*) знайшла найбільш обіцяюче підґрунтя за цей час. І незалежно від того, чи дотепер існує монархія, чи вже винайдено представницьку демократію, право саме по собі нарешті стало довільним, мало в чому відрізняючись від характеристики, викладеної в «Комуністичному маніфесті» півтора століття тому: воля стала домінуючою шляхом упакування в формальності, які контролюються державою [19]. Тож бажання пов'язати якість права з правом (*right with the right*) [20; 21; 22] поступово переходить у питання звичайної інтелектуальності, при цьому лише для високочолого користування. Інакше кажучи, досягнувши модерності, наш соціальний світ також відокремився від нашого інтелектуального світу. Тому що, подібно до того, як це відбулося із критеріями, право саме стало вільним від цінностей (або ціннісно нейтральним), яких не дотримуються (або дотримуються вагаючись) з огляду на те, що професійна ідеологія юристів сама стала вільною від цінностей або ж навіть цинічною¹.

Із досліджень історика науки, угорсько-американського бенедиктинського ченця [24; 25; 26; 27] відомо, що наука може пояснити відокремлення християнства та ісламу (з еволюційною здатністю самої ідеї *scientia* (наукового знання), яка виникла виключно з попередньої культури) тим фактом, що теологічні дебати після першого тисячоліття вже оголосили про можливість нашої помилковості на землі, тобто що наша Земля була справді зроблена нашим володінням і наше реальне життя нашою остаточною долею, оскільки Божественне Провидіння не втручається ані в закони, створені в нашому світі, ані в наш незмінний вибір між добрим та поганим. Ані справжня онтологія, ані людська антропологія (з можливістю людства впадати в гріх) не виключаються безумовно зі сфери істинних академічних галузей. Таким чином, можливо сформулювати повторювані закономірності як закони, а людське прагнення до їхнього пізнання та чесні дії в їхніх межах є не малодушністю, а радше виконанням завдання Творця. З іншого боку, це усвідомлення, яке зародилося в Європі між XI ст. та XIII ст. і яке дозволило нам щасливо жити у нашому світі та забезпечило прихід наступного *ренесансу* (тобто відносного відокремлення духовного та природного світів), не знайшло такого очевидного повторення у суспільному та інтелектуальному аспектах.

Деякі великі вирішальні події, такі як, наприклад, великі класичні епохи *природного права*, стали, в міру свого наближення до сучасності, витіснені новими конструкціями. Проте давня вимога виправдання природним правом, з одного боку, та моторошне спустошення простору, який залишається після того, як це право було витіснене з власних теренів права (його місце заповнюється лише юридичним волюнтаризмом), з іншого, врятували це питання від його цілковитого закриття [28; 29; 30; 31].

Відсутність теоретичної відповіді постала знову в новому світі, коли в наш час у межах критичної перспективи «Соціальної доктрини церкви» класична духовна влада нарешті піднесла голос та почала виступи проти негуманної дисфункціональності соціальних та економічних структур західного світу. Тому що

¹ Стосовно її онтологічних та епістемологічних відносин див. [23].

очевидним є те, що хоча Євангеліє містить загальне послання, з часів святого Томи Аквінського на питання про те, що саме безсумнівність природного права (тією мірою, якою його можна так характеризувати) дійсно означає для позитивного права, не було впевненої відповіді. В усякому разі залученість у наше життя на Землі не дозволяє нам поводитися з собою, з суспільним оточенням чи встановленим порядком на землі з індиферентністю, якою характеризуються закони, вбудовані в тілесність, і з домаганням повної автономії. Як добре відомо, соціальне вчення церкви черпає свої аргументи з Євангелія, але робить це шляхом інтерпретації, включеної в теологічну герменевтику віків, дану щодо будь-якого часу, у поєднанні з намаганням дати й дочасну відповідь, ситуативно кореговану *hic et nunc* (*тут і зараз*), тобто з певною оптимізацією очікувань (що мислиться як найкраща) суспільства та культури, які стоять за сучасним вченням¹.

Нарешті, варварство минулого століття, наступне приниження однієї особи іншою, продовжуване технократичним спустошенням нашого майбутнього, супроводжуване необмеженою експлуатацією ресурсів планети, тобто *ідеократія соціалізму*, поступається місцем всеохопній *прагматичній гомогенізації через глобалізм*, поряд із загальними настроями кінцевого сценарію типу *finite la commedia*², — з часу закінчення Другої світової війни неодноразово поставало питання, як зробити право автономним. Юридична відповідальність за аморальність нацистського типу (так звана формула Радбруха), можливість перебудувати цивільні умови у відносній свободі від обмежень кодексів (*«die Natur der Sache»* — *«природа речей»*), згодом найбільш актуальне й нині невирішене питання латиноамериканського та інших дезінтегрованих збанкрутілих суспільств, вичерпання ресурсів планети за рахунок майбутнього людства, антигуманне використання безмежної маніпуляції, спричинене найновішими технологіями, загальна деградація західного світу через внутрішній моральний розрив подвійних стандартів, підсилюваний різними інтересами, і останнє, проте не найменше, це руйнівна дисфункція, яка виникає з універсалізації атлантичної правової думки та американської державної політики (яка поширюється особливо на регіони Східної Європи і так звані суспільства, що розвиваються, відкриті для імперіалізму американських рухів «Право та модернізація» та «Право та розвиток»), — усе це вимагає певних зовнішніх об'єктивних вимірів³.

Проте ми повинні знати, що відродження природного права в наші дні не може мати на меті чогось більшого, аніж підвищення чутливості та розширення переліку тем та аспектів розвідок та їхню реінтеграцію в нашу культуру. Інакше кажучи, воно не може вимагати нової дедукції (*Ableitung*) або субординації

¹ Автор посилається на попередню примітку, де розглядає це питання. Він дійшов висновку, що Святий Тома Аквінський вже розглядав саме поняття практично зумовлених світських законів як щось окреме, маючи на увазі той факт, що ні Євангеліє, ні будь-яка концепція природного права не зможе (або не є компетентною) охопити його повністю та безпосередньо. Див. [32], а також фрагменти з нього [33].

² «Кінець вистави».

³ Деякі важливі аспекти аналізуються в піонерському стислому огляді, зробленому діючим Папою, тоді ще кардиналом Йозефом Рацингером у його зверненні «Криза права» [34]. Що стосується подій в регіоні, див. [35] та [36].

(*subordination*), оскільки це знову призведе до до-науковості; можливо, створення зразків шляхом міркування за аналогією мислення могло б виступати єдиною можливою роллю, якій воно може слугувати. Тому це питання залишається частково відкритим, очікуючи як на відповідь, так і на теоретичне пояснення.

3.3. Позитивне право — без юридичного позитивізму?

Як було вказано вище, речі переважно є взаємопов'язаними, і тільки через відсутність перспективи ми поки що не можемо зрозуміти спільних кореляцій. Попередня теза про зміну фокусу теоретико-правового мислення за останні кілька десятиріч значною мірою спричинена метаморфозою нашого світогляду у філософії науки. Ця обставина може пояснити тенденцію, чому право стало все більше нематеріальним і сприймається як навряд чи дещо більше, аніж дискурсивний процес у межах специфічної комунікації¹ — така теза в жодному разі не дає достатнього (не кажучи вже про вичерпне) пояснення. Із характеристики західноєвропейського та атлантичного юридичного світу [37] та загальної кодифікації приватного матеріального та процесуального права в Європейському Союзі [38; 39] (де тепер потрібна також і участь угорської сторони) помітно, що, починаючи з періоду відбудови Заходу після Другої світової війни², саме з резолюцією про виключність позитивності права (або ж його позитивованість) дедалі більше рахуються. Все це прикривається фешенебельними ліберальними модними слівцями про демократизацію, партиципацію або мультифакторизацію юридичного процесу. Якщо (і тією мірою, якою) цей висновок колись стане домінантним (як прогнозується американськими макросоціологічними великими теоріями вже десятки років [41; 42; 43]), він, вочевидь, нейтралізує відчужуючий ефект особливих способів мови та культури комунікації, які все ще створюють враження саморушійних у праві і які успішно витіснили як прагматичні, так і оціночні міркування із заведених процедур, звівши їх до простого наслідування зразка.

Відповідним чином філософська рефлексія щодо права з очікуваннями розбудови теорії є нічим іншим, як спогадом минулого. Це радше порядок денний, який спрямований у майбутнє. Правове філософствування стане частиною такої правової культури у безперервному формуванні³. Тобто те, що ми згодом будемо називати правом, буде визначати чи демаркувати його предмет разом із тим, що ми думаємо про нього цілком обґрунтовано та переконано. Ймовірно, ми пам'ятатимемо про філософію права (аж до кінця XX ст.) як про цікавий, але застарілий початок, який взяв на себе завдання створити (на мегарівні наукової філософії та наукової методології) *науку права*, тобто на додаток до позитивного аналізу *Rechtsdogmatik*, яка розітнула право на частини, подібно до того, як дослідник вивчає на своєму столі комаху або рідини в пробірках, аби мати змогу

¹ Див. параграф 2.1.

² Під час проведення порівняння периферій Центральної та Східної Європи див. передусім [40].

³ Хоча «культурна відсталість» добре відома тут також. Див. авторське «Що після того, як правовий позитивізм закінчиться? Дебати навколо теми “Юридичне встановлення фактів”» [44].

вивчити кожен з його методично розділених компонентів окремо. Зрозуміло, що передусім ті моменти з цього філософствування, які могли б сприяти певній трансценденції всього цього, залишаться незабутніми для наступних часів.

Гегелівська тріада теза/антитеза/синтез може виявитися досить привабливою. Незважаючи на все це, під час формулювання своїх підозр я не можу ігнорувати того, що це буде своєрідна повторна зустріч. Понад те, об'єднання *соцієтального та інтелектуального* (на що ми вже звертали увагу декілька разів), яке знову відбудеться у філософії права в недалекому майбутньому.

Вищезгадані модні слівця про розкладання (чи розпад) позитивістського самовизначення права, здається, самі стосуються чогось подібного. Сукупність цінностей, які стоять за правом, вимагаючи своєї ре-інтеграції у трансцендентність, також передбачає щось подібне. Людина повинна повернутися до себе самої (як я дещо лірично формулював двадцять років тому на завершення мого аналізу парадигм права¹), а теоретичне мислення, побудоване на філософських роздумах, може стати найбільш адекватним шляхом реалізації цього.

4. В ЧОМУ СУТЬ СПРАВИ

Ми живемо в небезпечний час. Ці небезпеки також полягають у насиченні нашого середовища отруйними речовинами — як у природному, так і в суспільному світі, а також у нашій інтелектуальності (звільнення від стандартів, ставлення під загрозу духовного виживання взагалі). Сили, які готові діяти сьогодні, проводять експерименти шляхом зведення нового, ідейно контрольованого чудового світу, і наше нев'януче культурне розмаїття, гомогенізоване в глобальне село, дехто вже бачить як завершене [45; 46]. В одному з найбагатших (проте

¹ «Ми слідували шляхом, який привів до права від парадигм правового мислення та від самоствердження правового формалізму до його повного культурного визначення. Проте наші людські прагнення впливали з ілюзорного посилення на нашу безпеку, і ми могли б відкрити надійне, тверде підґрунтя тільки в продовженні нашої соціальної практики. Тим часом, це виявився процес, який, ми вважали, існує як матеріальна субстанція, і те, що чого ми вірили, що воно повністю збудоване, виявилось, що будується нескінченно актами безперервних серій. Ми також встановили, що право завжди було всередині нас, хоча ми вважали, що воно зовні. Ми носимо його в нашій культурі, незважаючи на наші поспішні спроби пов'язати його з матеріальністю. Ми встановили, що давні дилеми присутні також і у наших сучасних дебатах. Ми віднайшли давно забуті зразки. Ми виявили реалізації загальних визнань у тих можливостях та напрямках у праві, які ми вважали концептуально викресленими раз і назавжди. Проте ми зіткнулися з необхідністю розробки того, що здавалося готовим для вживання. За маскою на задньому плані сцени відкрилася вимога нашого власного ініціювання, гри, прийняття на себе ролі та людської відповідальності. Ми перетворилися з об'єктів на суб'єкти, від простих адресатів на незамінних акторів. І ми можемо бути впевненими, що попри різноманітність цивілізаційних нашарувань культура права все ж таки є виключно всередині нас, тих, хто відчуває його повсякденно. Ми носимо його і ми формуємо його. Все конвенційне в ньому конвенціалізоване нами. Воно не має жодного іншого існування або ефекту поза цими межами. І з огляду на його існування всередині нас ми не можемо передати відповідальність, яку потрібно нести, кому-небудь іншому. Вона наша у всій своїй тотальності настільки, що її не можна вирвати з наших днів чи вчинків. Таким чином, вона перетвориться на те, задля чого ми охороняємо її, щоб вона стала цим. Тому ми повинні піклуватися про неї повсякчас, піклуючись про наше власне» [2, с. 219].

з багатьох поглядів найбільш невинних куточків світу) в майбутнє дивляться з острахом, що воно принесе з собою комерціалізацію юридичних освіти та досліджень, коли результати таких досліджень будуть замовлені наперед як готові кліше для виправдання будь-якої політики, яку забажають. Може виникнути така покірність перед наперед-визначеністю фешенебельної світової політики, що зрештою ми будемо плентатися як старі діви, вести жалюгідне життя, спираючись на те, що ще залишилося¹.

Існує низка знаків, які вказують на те, що ситуації завжди мають дві сторони. На цей момент ми не можемо резюмувати про таку загрозу щось більше, ніж те, що перебування на периферії також може бути корисним.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. En archē ēn ho Lógos / In principio erat Verbum [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://scripturetext.com/john/1-1.htm>, також http://en.wikipedia.org/wiki/John_1:1 та <http://en.wikipedia.org/wiki/Logos>.
2. Varga Cs. Lectures on the Paradigms of Legal Thinking. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1999. — vii + 279 p. (para. 2.1.1–2, p. 9 et seq.). — (Philosophiae Iuris).
3. Varga Cs. Codification as a Socio-historical Phenomenon. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1991. — viii + 391 p.
4. Varga Cs. Chose juridique et réification en droit: contribution à la théorie marxiste sur la base de l'Ontologie de Lukács' // Archives de Philosophie du Droit 25. — Paris : Sirey, 1980. — P. 385–411.
5. Conklin W. A. Human Rights, Language and Law : A Survey of Semiotics and Phenomenology // Ottawa Law Review 27 (1995–1996) 1. — P. 129–173.
6. The Phenomenology of Modern Legal Discourse : The Judicial Production and the Disclosure of Suffering. — Aldershot etc. : Ashgate, 1998. — xii + 285 p.
7. Varga Cs. Doctrine and Technique in Law // Iustum Aequum Salutare. — Budapest. — IV (2008) 1. — P. 23–37 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.jak.ppke.hu/hir/ias/20081sz/02.pdf>.
8. Lukács J. Egy nagy korszak végén [At the End of an Age]. — Budapest : Európa Könyvkiadó, 2005. — P. 128 (посилання 80).
9. Luhmann N. Ausdifferenzierung des Rechts Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. — Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1981, 1999. — 456 p. — (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft 1418).
10. Varga Cs. Contemporaneity of Lukács : Idea to Social Science Theoretical Thought (The Ontology of Social Being in Social Science Reconstructions — with Regards to Constructs like Law)' (a plenary introductory address to the international conference in Marília, Brasil, in 2011) // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie {forthcoming}.
11. Scandinavian Legal Realism / ed. Antal Visegrády. — Budapest : Szent István Társulat, 2003. — xxxviii + 162 p. — (Philosophiae Iuris).

¹ Наприклад, незважаючи на крик автора про поміч, він не схиляється до песимізму «Освіта стане товаром». Навряд чи буде ще один шанс, ніж «продаватися, щоб залишити факультети права, гідні цього імені, або відмовитися продаватися та застаріти як стара діва» (с. 16); «письмова університетська праця [...] конкретизуватися як «постачальник приміщення», завжди виправдовуючи якусь політику чи ідеологічний напрямок» (с. 17). Тому перспектива навряд чи більша, ніж «експлуатація досліджень [...], щоб отримати легітимацію, виправдання державної політики чи індустрії» (с. 18) [47].

12. *Varga Cs.* Skandináv jogi realizmus [Scandinavian legal realism] // *Jogbölcsélet XIX–XX. század: Előadások Lectures on 19th to 20th century philosophy of law* / ed. Csaba Varga. — Budapest : Szent István Társulat, 1999. — P. 81–91. — (Bibliotheca Cathedrae Philosophiae Iuris et Rerum Politicarum Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae).
13. *Varga Cs.* Validity // *Acta Juridica Hungarica* 41 (2000) 3–4. — P. 155–166 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.situation.ru/app/j_art_724.htm та <http://www.ingentaconnect.com/content/klu/ajuh/2000/00000041/F0020003/00383612>.
14. *François Gény* Science et technique en droit privé positif — Paris : L. Lenin, 1914–1924.
15. *Varga Cs.* Theory and Practice in Law : On the Magical Role of Legal Technique // *Acta Juridica Hungarica* 47 (2006) 4. — P. 351–372 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.akademiai.com/content/j4k2u58xk7rj6541/fulltext.pdf>.
16. *Varga Cs.* Moderne Staatlichkeit und modernes formales Rechts. 26 (1984) 1–2. — P. 235–241.
17. The Basic Settings of Modern Formal Law / ed. Volkmar Gessner, Armin Hoeland & Csaba Varga. — Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney : Dartmouth, 1996. — P. 89–103. — (Tempus Textbook Series on European Law and European Legal Cultures 1).
18. *Natura iuris* // *Természetjogtan & jogpozitivizmus & magyar jogelmélet Natural law & legal positivism & Hungarian legal philosophy* / ed. Miklós Szab. — Miskolc : Bíbor Kiadó, 2002. — 249 p. — (Prudentia Juris).
19. *Varga Cs.* Marxizmus // *Jogbölcsélet*. — P. 24–32 (посилання 6).
20. *Cruz S.* Ius. Directum (Directum) : Dereito (derecho, diritto, droit, direito, Recht, right, etc.). — 7th ed. — Coimbra : Gráfica de Coimbra, 1986. — 58 p.
21. *Jesús Lalinde Abadía* Las culturas represivas de la humanidad (H. 1945) I–II. — Zaragoza : Prensas Universitarias de Zaragoza, 1992.
22. *Kovács F.* A magyar jogi terminológia kialakulása [The evolution of Hungarian legal terminology]. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1964. — 206 p. — (Nyelvészeti tanulmányok 6).
23. *Varga Cs.* The Place of Law in Lukács' World Concept. — Budapest : Akadémiai Kiadó, 1985. — 193 p., in particular ch.VI, para 4.
24. *Szaniszló Jáki* A természettudomány eredete [Lecture on the origin of natural science]. — Győr : Keresztény Értelmiségiek Szövetsége Győri Szervezete, 1993. — 15 p.
25. *Stanley L. Jaki* The Origin of Science and the Science of its Origin. — Edinburgh : Scottish Academic Press, 1978. — viii + 160 p.
26. The Road of Science and the Ways of God. — Edinburgh : Scottish Academic Press, 1978. — vi + 478 p.
27. Jesus, Islam, Science. — Pinckney, Mich. : Real View Book, 2001. — 32 p.
28. *Villey M.* Leçons d'histoire de la philosophie du droit nouv. éd. [1957]. — Paris : Dalloz, 1962. — 318 p. — (Philosophie du droit 6).
29. Seize essais de philosophie du droit. — Paris : Dalloz, 1969. — 370 p. — (Philosophie du droit 12).
30. Critique de la pensée juridique moderne. — Paris : Dalloz, 1976. — 275 p. — (Philosophie du droit 16).
31. La formation de la pensée juridique moderne / rév. Stéphane Rials. — Paris : Presses Universitaires de France, 2003. — 624 p. — (Léviathan).
32. *Villey M.* Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique. — Paris : Presses Universitaires de France, 1987. — 185 p. — (Questions).

33. Les Carnets : Réflexions sur la philosophie et le droit / éd. Marie-Anne Frison-Roche & Jamine Christoph. — Paris : Presses Universitaires de France, 1995. — xv + 542 p.
34. *Ratzinger J.* Crises of Law : an address delivered on the occasion of being conferred the degree of Doctor Honoris Causa by the LUMSA Faculty of Jurisprudence in Rome on November 10, 1999 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.ratzinger.it/conferenze/crisideldiritto_eng.htm.
35. *Varga Cs.* Transition to Rule of Law : On the Democratic Transformation in Hungary. — Budapest : ELTE «Comparative Legal Cultures» Project, 1995. — 190 p. — (Philosophiae Iuris).
36. Transition? To Rule of Law? (Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe). — Pomáz : Kráter, 2008. — 292 p. — (PoLiSz Series 7).
37. *Varga Cs.* Meeting Points between the Traditions of English–American Common Law and Continental-French Civil Law (Developments and Experience of Postmodernity in Canada) // *Acta Juridica Hungarica* 44 (2003)12. — P. 2144 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.akademiai.com/content/x39m7w437134167l/?p=056215b52c56447c8f9631a8d8baada3&pi=1> та <http://www.akademiai.com/content/x39m7w437134167l/fulltext.pdf>.
38. *Varga Cs.* La Codification à l'aube du troisième millénaire // *Mélanges Paul Amselek* / org. Gérard Cohen-Jonathan & Yves Gaudemet & Robert Hertzog & Patrick Wachsmann & Jean Waline. — Bruxelles : Bruylant 2004. — P. 779–800.
39. *Varga Cs.* Codification at the Threshold of the Third Millennium // *Acta Juridica Hungarica* 47 (2006) 2. — P. 89–117 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.akademiai.com/content/cv56l91505t7k36q/fulltext.pdf>.
40. *Kühn Z.* Worlds Apart : Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement // *The American Journal of Comparative Law* 52 (2004). — P. 531–567.
41. *Nonet P., Selznick P.* Law and Society in Transition : Toward Responsive Law. — New York, etc. : Harper & Row, 1978. — vi + 122 p.
42. *Roberto Mangabeira Unger* Law in Modern Society : Toward a Criticism of Social Theory. — New York : The Free Press, 1976. — ix + 309 p.
43. *Varga Cs.* Átalakul ban a jog? [Law in transition?] // *Állam- és Jogtudomány* XXIII (1980) 4. — P. 670–680.
44. *Varga Cs.* What is to Come after Legal Positivisms are Over? (Debates Revolving around the Topic of The Judicial Establishment of Facts) // *Theorie des Rechts und der Gesellschaft : Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag* / hrsg. Manuel Atienza, Enrico Pattaro, Martin Schulte, Boris Topornin & Dieter Wyduckel. — Berlin : Duncker & Humblot, 2003. — P. 657–676.
45. Geburtstag von Hermann Klenner / Joachim Herrmann, Gerhard Sprenger & Hermann Klenner. — Berlin : Trafo, 2006. — 173 p. (P. 1–55). — (Sitzungsberichte der Leibniz-Sozietät e.V. 85).
46. The Governance of Globalisation : The Proceedings of the Ninth Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences (2–6 May 2003). — Vatican City : Pontifical Academy of Social Sciences, 2004. — xxxv + 403 p.
47. *Bjarne Melkevik* Scolies sur le futur des facultés de droit. Le verdict Audi alteram partem // *Journal de la Faculté de Droit de l'Université Laval, Québec*. — 4 (décembre 2005) 4. — P. 14–19.

Варга Ч. Філософія права, теорія права та майбутнє теоретико-правової думки

Анотація. Статтю присвячено методологічним проблемам філософсько-правової рефлексії, виявленню закономірностей і перспектив розвитку теоретико-правової думки у зв'язку із соціальними й інтелектуальними змінами, які відбуваються в сучасному світі.

Автором розглядаються трансформації у філософії та теорії права протягом останніх десятиліть, зокрема зміни у предметі теоретичної юриспруденції та філософії права, які мають інтелектуальне і соціально-культурне походження.

Демонструється вплив інтелектуальних тенденцій епохи на способи правового філософствування, зведення останнього до дискурс-реконструкції та дематеріалізації права, яка відбувається в ході такої реконструкції; ставиться питання про можливості та межі сучасного відродження природного права; проблематизуються перспективи юридичного позитивізму. На підставі цього вказується на можливість і необхідність реінтеграції цінностей, висловлюється припущення про об'єднання у недалекому майбутньому соціетального й інтелектуального у філософії права.

Ключові слова: філософія права, теорія права, юридичний позитивізм, природне право.

Варга Ч. Философия права, теория права и будущее теоретико-правовой мысли

Аннотация. Статья посвящена методологическим проблемам философско-правовой рефлексии, выявлению закономерностей и перспектив развития теоретико-правовой мысли в связи с социальными и интеллектуальными изменениями, происходящими в современном мире.

Автором рассматриваются трансформации современной философии и теории права в течение последних десятилетий, в частности, изменения в предмете теоретической юриспруденции и философии права, имеющие интеллектуальное и социально-культурное происхождение.

Демонстрируется влияние интеллектуальных тенденций эпохи на способы правового философствования, его редуцирование к дискурс-реконструкции и происходящей в ходе такой реконструкции дематериализации права; ставится вопрос о возможностях и пределах современного возрождения естественного права; проблематизируются перспективы юридического позитивизма. На основании этого указывается на возможность и необходимость реинтеграции ценностей; высказывается предположение об объединении в недалеком будущем социального и интеллектуального в философии права.

Ключевые слова: философия права, теория права, юридический позитивизм, естественное право.

Varga Cs. Legal Philosophy, Legal Theory — and the Future of Theoretical Legal Thought

Summary. The article deals with the methodological problems of the philosophical and legal reflection, revealing the trends and prospects of the theoretical legal thought's development due to the social and intellectual changes occurring in the contemporary world.

The author examines the transformation in the legal philosophy and theory within last decades, including changes in the subject of theoretical jurisprudence and legal philosophy based on the intellectual and socio-cultural origin.

The article illustrates the impact of modern intellectual trends on the ways of legal philosophizing, reducing it to a discourse of reconstruction, the dematerialization of law while such a reconstruction. The author put a question of the possibilities and limits of the modern revival of natural law. The problems of the perspectives of legal positivism are arisen. On this basis, the possibility and necessity of re-integration of values are pointed out. The assuming of unification of societal and intellectual in the legal philosophy in the near future is made.

Key words: legal philosophy, legal theory, legal positivism, natural law.

С. І. МАКСИМОВ & Н. САТОХИНА

ЗАГАДКА ПРАВА І ПРАВОВОГО МИСЛЕННЯ
(РЕЦЕНЗІЯ НА ОДНОЙМЕННУ КНИГУ Ч. ВАРГИ)

ЗАГАДКА ПРАВА І ПРАВОВОГО МИСЛЕННЯ (рецензія на однойменну книгу Ч. Варги¹)

У 2015 р. у Санкт-Петербурзі була видана книга «Загадка права і правового мислення», що являє собою збірку вибраних творів відомого угорського правознавця Ч. Варги, знайомого українському читачеві завдяки низці публікацій у журналах «Право України» та «Філософія права і загальна теорія права». Написані у різні часи, тексти автора, філософа та юриста, скрупульозного дослідника та людини з активною громадянською позицією, знавця і популяризатора угорської філософської традиції (зокрема поглядів видатного філософа Д. Лукача) та найкращих зразків світової юриспруденції (від чистого вчення про право Г. Кельзена до здобутків школи критичних правових досліджень і постмодерністської теорії права), відображають загальні тенденції розвитку світового філософсько-правового дискурсу та його особливості, зумовлені специфічним східноєвропейським контекстом. Відтак книга, безумовно, заслуговує на увагу вітчизняного читача.



У полі зору професора Ч. Варги – широкий спектр питань: від природи права і правового мислення до картографування «світової правової арени», від фундаментальних вад соціалістичного права і причин цивілізаційного відставання Центральної та Східної Європи до універсальних «постмодерністських викликів» права. І все ж головною «загадкою права» для угорського дослідника залишається онтологічна загадка: чим є право і як воно існує? Пошук розгадки автор починає з прояснення причин утвердження класичного позитивістського – матеріалістичного і статичного – погляду на право, у межах якого *ius* повністю розчиняється у понятті *lex*, постаючи виключно як форма раніше прийнятих законів. На думку філософа, ці причини приховані у природі держави, яка завжди прагне монополізувати право та набути ексклюзивної влади над ним через відокремлення (як понятійне, так й інституційне) створення права від правосуддя. Таким чином, правотворчість жорстко протиставляється правозастосуванню, якому дістається роль простого виконавця. У результаті «те правосуддя, яке необхідно здійснювати, обов'язково виродиться у формальний нормоконформізм» (с. 313). Тому головне завдання сучасної філософії права Ч. Варга вбачає у тому, щоб запропонувати нове тлумачення дуалізму «права на папері» та «права в дії». Поєднуючи широкий спектр сучасних методологічних підходів, він формулює власну концепцію права, яку у термінології пострадянської юриспруденції можна розглядати як одну з версій некласичної філософії права або динамічного праворозуміння. Так, у герменевтико-екзистенціальному ключі автор наголошує, що не існує значень правил поведінки взагалі, натомість вони встановлюються тільки в конкретній ситуації, в конкретному

¹ Варга Ч. Загадка права и правового мышления / Ч. Варга. – СПб. : ИД «Алеф-Пресс», 2015. – 395 с.

контексті та в певний час. Відповідно, право розуміється як «процесуальний динамічний континуум», «послідовність актуалізацій текстуального корпусу», процес «безперервної реконвенціоналізації», у якому ми, люди, активуємо «право на папері», перетворюючи його на «право в дії» (с. 24, 32). Оскільки ж ми є справжніми учасниками цього процесу, а не простими маріонетками, особиста відповідальність правозастосувача (і, врешті-решт, кожного з нас) превалює в кожній конкретній справі. При цьому філософ намагається уникнути як редукування права до норм, так і зведення його до вирішення конфліктів, підкреслюючи комплексність феномена права як руху, що поєднує в собі «правила, владні рішення і реальну поведінку» (с. 188).

Крізь призму розуміння права як динамічного культурного феномена професор Ч. Варга переосмислює основні підходи до класифікації правових систем і виявляє приховані в них упередження, властиві, утім, і західному правовому мисленню в цілому: домінування епістемології природничих наук та загалом утопію західного раціоналізму, ладного піддати все своєму однобічному логічному аналізу. На думку автора, сприйняття барвистості правової карти світу як загрози є наслідком нормативного фетишизму західного права, змушеного примножувати свої прояви при зіткненні з різноманітними проявами права незахідного. Надзвичайно актуальним сьогодні видається зауваження дослідника про те, що «варто нам лише визнати за чужими нам реїфікаціями силу правової культури і за особливостями права відповідну свободу для того, щоб шукати шляхи і способи (пере-) встановлення порядку, ми наблизимось до розуміння того, чому так важливо, щоб світова і культурна багатоманітність розглядалась як необхідна умова людського співіснування, украй важлива для виживання» (с. 172).

Особливий інтерес для українського читача становлять роздуми мислителя стосовно створення і застосування європейського права та природи правових запозичень на прикладі досвіду Угорщини, який відображає специфіку країн Центральної і Східної Європи загалом. З одвічної полеміки щодо того, чи створюється право завдяки правилам, чи його існування може бути виявлено лише в судовій події, Ч. Варга робить висновок про те, що правова система Європейського Союзу стала найефективнішою міжнародною правовою системою світу саме тому, що суди стали співакторами у трансляції загальної волі урядам держав-членів (с. 88). Водночас, як наголошує автор, не існує певного вихідного європейського права. Натомість тільки такий, що циклічно оновлюється, консенсус між країнами-членами може виробляти останнє. І хоча всі учасники цього процесу «народження порядку з хаосу» є номінально рівними, все ж структурне відставання права країн Центральної і Східної Європи залишає їм менші шанси на успіх. Радикальні зміни, які відбулись у європейському праві після Другої світової війни і які ми не змогли вчасно засвоїти, полягали, на думку автора, зокрема, у використанні посилань на «природу речей»; в аргументації та переконаннях, заснованих на принципах; у дискурсі прав людини та відкритому змаганні захищених цінностей. Водночас замість механічного запозичення готових зразків нові країни-члени мають стати активними учасниками вироблення спільного правопорядку, відчуваючи власну відповідальність, життєво необхідну для успішного відновлення.

Загалом роздуми Ч. Варги, що відображають барвисту палітру сучасної світової філософії права, видаються у край актуальними і можуть стати в нагоді кожному, хто так само як і угорський філософ, прагне розгадати загадку права. Резюмувати ж пройдений шлях надамо самому автору: «Ми дізнались про право те, що воно завжди було всередині нас, хоча ми думали, що воно десь ззовні. Ми несемо його у своїй культурі, незважаючи на всі свої повторювані і квапливі спроби поєднати його з об'єктами матеріального світу» (с. 318). Водночас загадку права навряд чи можна вважати розгаданою, адже в межах постмодерністської парадигми, яку розділяє мислитель, сама відповідь може бути лише процесом, і ніколи – результатом. На завершення теоретичної реконструкції права як частини індивідуальної та суспільної моралі автор лише закликає нас до відповідального піклування про культуру права, носіями та водночас творцями якої ми є.

С. МАКСИМОВ

*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

Н. САТОХІНА

*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри філософії
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

Додаток: РЕЗЮМЕ

ЗНАЧЕННЯ «ПРАВА» ПРИ ПОРІВНЯННІ ПРАВА, АБО СКЛАДНІСТЬ ТОГО, ЩО Є ОБ'ЄКТОМ ПРАВОВОГО ПОРІВНЯННЯ

Порівняння права, спрямоване на чинне законодавство, має бути розширене так, щоби охопити його практичне застосування, як офіційне, так і те, що мовчазно визнається як його реалізація. І з метою зрозуміти шляхи і засоби правореалізації, включно з тим, що буде встановлено як факт і канонами тлумачення того, до чого звертаються як до норм, порівняння має бути також спрямоване і охоплювати моделі правової думки (аргументація та мислення, в тому числі ідеологія юристів як особливий вид професійної деонтології).

The Meaning of »Law« in Comparing Laws or the Complexity of What the Object of Legal Comparison Is' *Порівняльно-правові дослідження* [Київ] 2013/1-2, 9-12

РІЗНІ МЕНТАЛЬНОСТІ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОГО ТА АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОГО ПРАВА? ДО ПИТАННЯ ЛОГІКИ В ПРАВІ

У розмові «правило» і «норма» здебільшого вживаються як синоніми. Насправді вони можуть вказувати на одне й те саме, але з різних точок зору: «правило» вказує на те, що наявний нормативний припис, а «норма» — на логічно осмислене концептуальне втілення такого припису. Тому що норми передбачають аксіоматичний ідеал концептуалізації та логізації права, вони присутні лише у романогерманських правових системах, де вони формують догматику права (навпаки, у англо-американському праві присутні здебільшого казуальні зразки). Норма є, звичайно, логічно завершеною, а правило — пропозицією. Відповідно, реконструкція може також виявити, що насправді жодна з норм чи декілька норм виражаються певним правилом.